DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Tomo II

Todos los derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial,
por medio conocido o por conocerse,
incluyendo el diseño de portada.

© RENÉ DAVID NAVARRO ALBIÑA

© EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO
ejsltda@gmail.com • Fono 935 9616

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción Nº, año 2011
Santiago de Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
en el mes de de 2011

Impreso en *Talleres Propios*

ISBN DE ESTE TOMO 978-956-8285-

ISBN OBRA COMPLETA 978-956-8285-47-0

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

RENÉ DAVID NAVARRO ALBIÑA

DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

Tomo II

DERECHO DE LOS BIENES
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL



EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO

Para Marcia, Nicolás y Renata

"ESTUDIA. El Derecho se transforma constantemente.
Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado"

Eduardo Couture
(Mandamientos del abogado)

"SIMPLIFICA. Saber es simplificar sin quitar esencia"[1]

Gabriela Mistral
(Decálogo del maestro)

---

[1] La jerga jurídica tenía como objetivo generalmente (según Bentham) defender los intereses siniestros de los juristas cuyo lenguaje y ritos esotéricos constituían una red para atrapar a los comunes mortales. En materia de legislación (decía Bentham) *"las opiniones de los hombres de leyes tienen una propensión peculiar a teñirse de falsedad por obra del interés siniestro"*. Y así, mientras el interés de los ciudadanos conviene una justicia rápida, al interés siniestro del abogado le conviene una administración de justicia lenta; si al interés del ciudadano le convienen unas leyes claras y breves, al hombre de leyes le interesan prolijas y oscuras. Virgilio Zapatero *"El arte ilustrado de legislar"*, en "*Nomografía o El arte de redactar leyes*" de Jeremy Bentham, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

PRÓLOGO

En las actuales mallas de estudios de las Carreras de Derecho del país, el curso de Derecho Civil II, comprende dos temáticas gravitantes para el estudio de nuestra disciplina: Los Bienes y Las Obligaciones. LUIS DÍEZ-PICAZO,[1] señala que en la sistemática tradicional, la disciplina jurídico-privada aparece escindida en dos grandes campos, que la doctrina suele denominar respectivamente como Derecho de Obligaciones y Derecho de Cosas, a los que suele mirarse como si fueran compartimientos estancos. Este autor, sostiene que no son compartimientos estancos, puesto que ninguna de las dos puede de verdad comprenderse sin la otra, prefiriendo hablar en conjunto de un *Derecho Civil Patrimonial*. Dentro de este Derecho Civil Patrimonial, existen dos grandes grupos de relaciones jurídicas, a las que llama relaciones jurídico-obligatorias[2] y relaciones jurídico-reales.

La distinción de los derechos patrimoniales en *derechos reales y de crédito (personales)* tiene una extraordinaria importancia teórica, porque, en la doctrina del Derecho Civil Patrimonial, ya se dijo, *constituye una especie de columna vertebral de todo el sistema*, que aparece montado como una yuxtaposición de un Derecho de las Obligaciones, que sería el campo de los derechos personales o créditos, y un Derecho de las Cosas, que es el campo de los derechos reales. Además, esta distinción tiene una importancia práctica, puesto que es utilizada en los textos legales como un término técnico, de los cuales se derivan consecuencias distintas para unos y otros, máxime en cuanto a su adquisición, conservación y pérdida. Gros-

---

[1] DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen 1, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp. 40 y ss.; 58 y ss.

[2] Nosotros preferimos llamarlas **relaciones jurídico-obligacionales**.

so modo, los derechos reales nacen a consecuencia de un modo de adquirir (art. 588), los personales o créditos nacen producto de una fuente de la obligación (art. 1.437); por regla general los derechos reales se mantienen y extinguen, mientras otro sujeto no los adquiera o se destruya la cosa; los derechos personales se extinguen, producto de la ocurrencia de algún modo de extinguir las obligaciones (art. 1.567).

El presente tomo, pretende abarcar -en una apretada síntesis- el Derecho de las cosas (bienes), esto es, los derechos reales, y en forma especial el dominio y la posesión y el Derecho de las Obligaciones (Obligaciones en General). Al igual que nuestros anteriores trabajos, éste no pretende abarcar todos los contenidos que involucra el estudio de los bienes en nuestra disciplina, sino que entregar una herramienta para alumnos de Derecho y egresados que preparan su examen de licenciatura; en forma alguna reemplazan el trabajo investigativo personal del estudiante, ni la asistencia a clase, que sin duda enriquece el debate.

Aprovecho la oportunidad para agradecer a mis *alumnos del curso de Derecho Civil II, año 2006*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Atacama; ellos (a parte de tenerme una paciencia enorme) me motivaron a terminar y publicar estos apuntes, con los cuales preparaba sus clases. Huelga aquí agradecer también el aporte, en este texto, del (en ese entonces) ayudante del mismo curso don *Paulo Muñoz Pedemonte*.

R.N.A.

SECCIÓN PRIMERA

DERECHO DE LOS BIENES

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES Y CLASIFICACIONES

I. RECAPITULACIÓN DE LOS CONTENIDOS DE DERECHO CIVIL I

Para adentrarnos al Derecho de los bienes y los derechos reales, es preciso pasar revista a ciertos acápites ya estudiados en el curso de Derecho Civil I, particularmente los aspectos que dicen relación con: *el patrimonio*, su estructura y los aportes de la teoría clásica;[1] *los derechos subjetivos*, particularmente las clasificaciones: derechos subjetivos *patrimoniales-no patrimoniales*, *de ejercicio absoluto-de ejercicio relativo*, *reales y personales*;[2] obviamente también, la noción y estructura de la *relación jurídica*,[3] y el capítulo introductorio a los *objetos del Derecho*.[4]

Dijimos en su oportunidad, que la relación jurídica era el vínculo existente entre dos o más sujetos, en virtud del cual uno (*sujeto activo*) tiene la facultad (*derecho subjetivo*) de exigir a otro una conducta, y este otro (*sujeto pasivo*) se encuentra en la necesidad (*deber-obligación*) de cumplirla, bajo amenaza de una sanción legítima, prevista en el ordenamiento jurídico; y dijimos además que la *prestación*, es el objeto en que recae la obligación del sujeto pasivo, la que puede consistir en un *dar*, un *hacer*, y un *no hacer*.

Ya expresamos pues, que esta prestación podía consistir en dar (entregar) algo… ¿qué es ese algo? Precisamente, ha de tratarse de una cosa, o dicho en términos más técnicos un *bien*.

---

[1] Véase NAVARRO A., RENÉ, *Manual de Derecho Civil. Curso de Derecho Civil I: Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica (Sujetos de Derechos)*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, pp. 127 y ss.

[2] Ibid., pp. 87 y ss.

[3] Ibid., pp. 85 y ss.

[4] Ibid., pp. 164 y ss.

II. COSA Y BIEN

Cosa en Derecho, quiere significar *todo aquello que no es persona*; *bien*, en cambio, significaría aquella cosa que -prestando una utilidad para el hombre- es susceptible de apropiación. Consideradas las cosas como el medio de satisfacer las necesidades humanas, en cuanto son *apropiables* y *útiles* para el hombre, se denominan *bienes* y constituyen el objeto de los derechos.[5] Así pues, dentro de la noción de bien, están ínfitas las nociones de *utilidad* y *apropiabilidad*.

Como puede apreciarse, no todas las cosas son bienes (porque no todas ellas son apropiables, verbigracia el aire), pero sí todos los bienes son cosas; los bienes, pueden imputarse a un patrimonio.

Como señala Ducci,[6] el concepto vulgar de *cosa* implica cualquier entidad perceptible por nuestros sentidos. El concepto *bien* implica que la cosa *pueda ser objeto de apropiación*, en este entendido, la alta mar sería una cosa pero no un bien. Por otra parte, el concepto de cosa en Derecho, rebasa con creces el concepto de cosa material del lenguaje común. Jurídicamente hablando, la noción cosa, se contrapone a persona, y además, debe tener relevancia jurídico-patrimonial, esto es, ha de consistir en un interés que merezca la protección del ordenamiento jurídico. En lo que sigue, cuando hablemos de cosa(s) nos estamos refiriendo a la noción jurídica de *bien(es)*.

III. CLASIFICACIONES DE LAS COSAS (BIENES)

El artículo 565 del Código Civil,[7] es el primer artículo del libro segundo (de los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce), y parte clasificando los bienes.[8]

---

[5] PESCIO V., VICTORIO, *Manual de Derecho Civil Tomo III. De las personas, de los bienes y de la propiedad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 166.

[6] DUCCI C., CARLOS, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 173.

[7] En adelante, cuando se cite un artículo, y no se señale a qué Ley o norma pertenece, ha de entenderse que nos referimos al Código Civil chileno.

[8] Véase aquí: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 19 a 80.

Art. 565: *"Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.*

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas".

La noción de corpóreo, tiene que ver con la materialidad, por ello pueden ser percibidas por los cinco sentidos (cosas corporales: las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro). La noción de incorpóreo, tiene que ver con el campo de las ideas, con aquello que sólo puede intelectualizarse, vale decir, se convierten en abstracciones que el ser humano ha creado para dar sentido a la ciencia del Derecho. Todas las construcciones del Derecho son abstracciones, como la noción de patrimonio, la noción de familia, orden público, etc., pero sólo las cosas incorporales son abstracciones que se imputan dentro del patrimonio (cosas incorporales: las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas).

1) Cosas corporales

Como expresamos, según el artículo 565, *cosas corporales* son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Por lo tanto, éstas son entidades corpóreas que tienen realidad física en el mundo material, en contraposición a las cosas incorporales que constituyen abstracciones, conceptos intelectualizados por el hombre.

El artículo 566, entrega la clasificación de estas cosas corporales al señalar que se dividen en *muebles* e *inmuebles.*

La importancia de la distinción mueble-inmueble de las cosas corporales, se evidencia en casi todo el Código Civil y la legislación en general. Esta clasificación, tiene muchísima relevancia para el Derecho, considerando el tráfico jurídico de estos bienes, y la forma como se negocia con ellos. A lo largo del presente curso, y de los siguientes del ciclo de Derecho Civil, se advierten profundas diferencias. Sólo a modo referencial, diremos que la transferencia de un mueble es distinta a la de los inmuebles. La compraventa (título) de un bien mueble es consensual, y su tradición (modo de adquirir) puede ser efectuada por cualquiera de las formas

señaladas en el artículo 684. La compraventa (título) de un bien raíz, es solemne (escritura pública), y la posterior tradición del dominio de ellos (modo de adquirir), se efectúa por la competente inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. Por la época de dictación de nuestro Código, se dio mayor importancia y resguardos a los inmuebles, considerándose que los muebles no eran de tanta trascendencia. Hoy, tal situación no ocurre del todo, habiendo muebles de muchísimo mayor valor que algunos inmuebles. Sin embargo, la relevancia de los inmuebles en nuestro medio no ha perdido su trascendencia.

1.1) Los bienes inmuebles

Nuestro Código Civil reconoce tres clases de inmuebles: los inmuebles por *naturaleza*, los inmuebles por *adherencia*, y los inmuebles por *destinación*.

A) Inmuebles por naturaleza

El artículo 568, señala que *inmuebles o fincas o bienes raíces* son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos. Este artículo, también entrega la noción de inmuebles por *adherencia* (edificios, árboles), quedando sólo como inmuebles por naturaleza, propiamente tales, *las tierras y minas.*

B) Inmuebles por adherencia

Los inmuebles por *adherencia* o *incorporación,* son aquellas cosas que adhieren permanentemente a las que no pueden transportarse de un lugar a otro. Aquí encontramos a las construcciones (edificios) y los árboles. Dispone el artículo 569, que las *plantas* son inmuebles, mientras adhieren al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro.

C) Inmuebles por destinación

Los inmuebles por *destinación,* son aquellas cosas muebles que la Ley reputa inmuebles por una ficción, como consecuencia de

estar destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.[9]

A este respecto, se refiere el artículo 570:

Art. 570: *"Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Tales son, por ejemplo:*

Las losas de un pavimento;

Los tubos de las cañerías;

Los utensilios de labranza o minería, y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, con tal que hayan sido puestos en ella por el dueño de la finca;

Los abonos existentes en ella, y destinados por el dueño de la finca a mejorarla;

Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y pertenecen al dueño de éste;

Los animales que se guardan en conejeras, pajareras, estanques, colmenas, y cualesquiera otros vivares, con tal que éstos adhieran al suelo, o sean parte del suelo mismo, o de un edificio".

1.2) Los bienes muebles

Nuestro Código Civil, reconoce dos clases de bienes corporales muebles: los muebles por *naturaleza*, y los muebles por *anticipación*.

A) Muebles por naturaleza

El artículo 567, señala que muebles son las cosas corporales que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman *semovientes*), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas *inanimadas*. Exceptúanse las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570.

---

[9] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 28.

B) Muebles por anticipación

Son aquellas cosas inmuebles por naturaleza, por adhesión o por destino que, para el efecto de constituir un derecho sobre ellas a otra persona distinta que el dueño, se reputan muebles aún antes de la separación del inmueble que forman parte.[10] El artículo 571, señala que los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos, como las yerbas de un campo, la madera y fruto de los árboles, los animales de un vivar, *se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño.* Lo mismo se aplica a la tierra o arena de un suelo, a los metales de una mina, y a las piedras de una cantera.[11]

2) Cosas incorporales

El artículo 576, señala que las cosas incorporales son *derechos reales* o *personales (o créditos).*[12] Ésta, es la clasificación más relevante de los **derechos subjetivos patrimoniales**. Ya expresamos, que la distinción de los derechos patrimoniales en derechos reales y de crédito (personales) tiene una extraordinaria importancia *teórica,* porque, en la doctrina del Derecho Civil Patrimonial constituye una especie de columna vertebral de todo el sistema, que aparece montado como una yuxtaposición de un *Derecho de las Obligaciones,* que sería el campo de los derechos personales o créditos, y un *Derecho de las Cosas,* que es el campo de los derechos reales.[13]

2.1) Conceptos de derecho real y derecho personal

Respecto a los conceptos de cada uno de estos derechos subjetivos patrimoniales, el legislador ha entregado definiciones concretas, las cuales son por tanto obligatorias. El artículo 576 señala que las *cosas incorporales son derechos reales o personales.*

El **artículo 577** define derecho real, y expresa: *"derecho* ***real*** *es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.*

---

[10] Ibid., p. 44.

[11] Volveremos sobre este punto, al tratar la accesión de frutos y la tradición de frutos.

[12] Respecto de las *acciones* (reales y personales), que nacerían de los respectivos derechos, su estudio, conceptualización y naturaleza jurídica corresponden al Derecho Procesal.

[13] DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 58.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales". A esta enumeración, cabría agregar el derecho real de *censo* (art. 579), la *concesión minera* (art. 2º Código de Minería), y el *derecho de aprovechamiento de las aguas* (art. 6º Código de Aguas).

El **artículo 578**[14] define derecho personal: *"derechos* ***personales o créditos*** *son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".*

Según lo expuesto, se ha sostenido que la diferencia fundamental entre ambos derechos consiste, en que a propósito del derecho personal existe una *relación entre personas*, en cambio, en el real, existe un *señorío de una persona, pero sobre una cosa.*[15] Sin embargo, contemporáneamente, se habla que en la relación crediticia (derechos personales), más que existir una relación entre sujetos, existe una relación entre patrimonios. Además, la relación jurídica en torno a los derechos reales (relación jurídico-real), se traduciría en que los sujetos pasivos de ésta, serían todas las demás personas, las que están obligadas a respetar el derecho real de su titular, es por ello que los derechos reales, serían *derechos de ejercicio absoluto*, vale decir, son oponibles *erga omnes;* por esta razón, el titular de un derecho real tiene la facultad de *perseguir la cosa* sobre la cual recae su derecho, *en manos de quien la tenga.* Los derechos personales -como señala la propia definición legal- sólo pueden reclamarse de *ciertas personas* (derecho de ejercicio relativo) que han contraído la respectiva obligación.[16]

---

[14] El artículo 578 tiene una doble importancia. Define legalmente derecho personal, y entrega además una clasificación *dual* de las fuentes de las obligaciones.

[15] ABELIUK M., RENÉ, *Las obligaciones*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1985, p. 48.

[16] La noción de derecho personal, va íntimamente ligada a la noción de **obligación**. Como señala René Abeliuk M., obligación y derecho personal, constituyen *dos caras de la misma moneda.* Desde el punto de vista del acreedor (sujeto activo), éste tiene un crédito o derecho personal; el deudor (sujeto pasivo) tiene una obligación para con su acreedor.

2.2) Paralelo entre los derechos reales y personales

Trataremos de establecer las profundas diferencias entre los derechos reales y los personales, a través de un breve paralelo,[17] que tendrá los siguientes tópicos de diferenciación: en cuanto al objeto; en cuanto a la relación jurídica, los sujetos y su ejercicio; en cuanto a las acciones que generan; en cuanto a sus ventajas; en cuanto a su adquisición; en cuanto a su extinción; y en cuanto a su numeración y taxatividad.

En cuanto al objeto. El derecho personal recae sobre la prestación, y ésta recae a su vez en un comportamiento humano que debe realizar el deudor, y se traduce en dar, hacer, o no hacer; el objeto en el derecho real recae sobre una cosa (corporal o incorporal).

En cuanto a la relación jurídica que originan, los sujetos y el ejercicio de tales derechos. El derecho personal, está basado en una relación jurídico-obligacional, donde existe un sujeto activo que es el acreedor y que va a ser titular del derecho personal, y *un sujeto pasivo determinado*[18] que será el deudor. En los derechos reales, la relación jurídica que origina, se caracteriza porque el sujeto activo será el titular de dicho derecho real, pero el sujeto pasivo es uno *universal.* Por lo anterior, los derechos personales, son derechos patrimoniales *de ejercicio relativo,* esto es, sólo cierto sujeto es sujeto pasivo, el que ha contraído la obligación correlativa, contra éste se dirigirá el acreedor, contra este sujeto perfectamente determinado. En cambio, los derechos reales son derechos patrimoniales *de ejercicio absoluto,* esto es, todos los demás estamos obligados a respetar el derecho del titular.

En cuanto a las acciones que generan. De los derechos reales, nacen las acciones reales; de los derechos personales, nacen las acciones personales.

En cuanto a ciertas ventajas. Se dice que los derechos reales, ofrecen mejores ventajas que los derechos personales: tales serían el derecho de persecución y el derecho de preferencia.[19] El titular de un derecho real, puede reclamar su derecho en contra de quien detente la cosa sobre que recae.

---

[17] Decimos breve, porque estas mismas temáticas se vuelven a tratar en todo el ciclo de Derecho Civil.

[18] Aunque sean varias personas.

[19] En relación a la **preferencia**, ello se estudia en el capítulo dedicado a la prelación de créditos dentro de la Teoría General de las Obligaciones.

En cuanto a su adquisición y extinción. Ya se ha dicho que el *derecho personal o crédito*, se encuentra íntimamente ligado a una obligación; son las dos caras de la misma moneda. De esta suerte, el nacimiento y la extinción de los derechos personales, estarán subordinados al nacimiento y extinción de las obligaciones. Las *fuentes de las obligaciones* son aquellos hechos o actos jurídicos que las generan, vale decir, son la causa que originan las obligaciones (y los derechos personales). El artículo 1.437 enumera las fuentes de las obligaciones:[20] *los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la Ley.* Los *modos de extinguir las obligaciones,* son aquellos hechos o actos jurídicos que ponen fin a una obligación civil, y consecuencialmente al correlativo de ésta: el derecho personal. Son modos de extinguir las obligaciones, los mencionados en el artículo 1.567: *la resciliación o mutuo discenso, el pago, la novación, la transacción, la remisión, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, la nulidad, la resolución, y la prescripción extintiva.* A esta enumeración cabría agregar: *el plazo extintivo, la muerte (en los contratos intuito personæ), y la dación en pago.*

En relación a los derechos reales, ya se dijo que no existen más derechos reales que aquellos que señale la Ley, ni tampoco se adquieren tales derechos, sino conforme lo expresa la misma Ley. El medio jurídico a través del cual se adquieren los derechos reales, son los *modos de adquirir el dominio y demás derechos reales.* Éstos se pueden definir, como aquellos hechos o actos jurídicos, aptos para generar en el patrimonio de su titular el nacimiento de tales derechos reales, temática que corresponde analizar en profundidad en el capítulo tercero de este trabajo. Como se explicará más adelante, en Chile, a diferencia del sistema francés, no cabe la adquisición de los derechos reales –principalmente el dominio– por la celebración de un contrato (título), como sí ocurre con los derechos personales. En el caso de la adquisición de derechos reales, es indispensable además del título, que se verifique posteriormente la adquisición a través de un *modo de adquirir el dominio.*[21] El artículo 588 del Código Civil, enumera los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales: *la*

[20] El estudio pormenorizado de las fuentes de las obligaciones, corresponde al curso de Derecho Civil III.

[21] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales,* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 133 y ss. (En adelante la cita a estos autores, corresponde a esta obra).

ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la prescripción adquisitiva. A esta enumeración, cabe agregar la *Ley,* la cual es también un modo de adquirir el dominio, como en el caso de la *expropiación.* No existe en nuestro sistema, una enumeración general de las causales de pérdida de los derechos reales, que abarque a todos ellos como ocurre con los modos de extinguir las obligaciones (derechos personales). De esta suerte, la Ley al regular cada uno, entrega normas sobre su extinción. Respecto del *dominio* y del *derecho real de herencia,* se extinguirán para su titular, cuando otro sujeto adquiera tal derecho, o por destrucción de la cosa sobre que recae. Respecto de los demás derechos reales, existen normas particulares, las cuales se estudiarán en su oportunidad.[22]

En cuanto a su numeración y taxatividad. Los derechos reales, se encuentran enumerados y establecidos taxativamente en la Ley. Sólo la Ley puede crear derechos reales (*numerus clausus*): son derechos reales el de **dominio**, el de **herencia**, los de **usufructo**, **uso** o **habitación**, los de **servidumbres activas**, el de **prenda** y el de **hipoteca** (art. 577). A esta enumeración del artículo 577 como sabemos, es preciso agregar el derecho real de **censo** (art. 579), la **concesión minera** (art. 2º Código de Minería), y el **derecho de aprovechamiento de las aguas** (art. 6º Código de Aguas). En cambio, los derechos personales tienen como una de sus fuentes los contratos, y con ellos (y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad) las partes pueden crear tantos derechos personales, a cuanto pueda su imaginación alcanzar (*numerus apertus*).

2.3) Se reputan muebles o inmuebles

Las cosas incorporales (que son abstracciones), no pueden ser ni muebles ni inmuebles. El Código sólo las reputa (las tiene por) muebles o inmuebles para ciertos efectos.

La clasificación mueble-inmueble propia de las cosas corporales, el Código la extiende a los derechos, acciones e incluso los hechos, con el fin de hacer aplicable su estatuto jurídico a éstos, principalmente en lo relacionado con la prescripción de

[22] Usufructo, uso o habitación (arts. 804 y ss., 812); servidumbre activa (885 y ss.); prenda (2.406); hipoteca (2.434); censo (2.038 y ss.); concesión minera (arts. 146, 160 y ss. Código de Minería), derecho de aprovechamiento de aguas (art. 129 Código de Aguas).

las acciones, y a la competencia de los tribunales.[23] Así queda de manifiesto en los artículos 580 y 581:

Art. 580: *"Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble".*

Art. 581: *"Los hechos que se deben se reputan muebles. La acción para que un artífice ejecute la obra convenida, o resarza los perjuicios causados por la inejecución del convenio, entra por consiguiente en la clase de los bienes muebles".*

3) Cosas específicas y cosas genéricas

Aquí, el criterio de clasificación es la determinación de la cosa (bien). Esta temática, debemos relacionarla con lo estudiado en *Acto Jurídico* a propósito de los requisitos del *objeto*, cuando recae sobre una cosa (real, determinada o determinable). Si las cosas están a tal punto *determinadas*, entonces son específicas.[24] Las cosas específicas sí perecen, el género no (*generum non perit*). La cosa es genérica, cuando se determina sólo en cuanto a un género.

4) Cosas consumibles y cosas no consumibles

Esta clasificación tiene particular importancia a propósito de los préstamos (contratos de mutuo y de comodato, ambos contratos reales). El *mutuo*, es un préstamo de cosas *consumibles*, por ello se perfecciona con la *tradición* de la cosa dada en mutuo. El *comodato*, es un préstamo de cosas *no consumibles*, se perfecciona con la *simple entrega*.

El criterio de clasificación para determinar si una cosa es o no consumible, radica en si ésta *se destruye o no a su uso natural*: si se destruye es consumible, si no, es no consumible. Este criterio de consumibilidad se puede analizar tanto desde un punto de vista *objetivo*, cuanto de uno *subjetivo*. Va a ser objetivamente consumible una cosa, en razón de las características específicas de la misma, si

---

[23] Véanse los artículos 135, 137 y 138 del Código Orgánico de Tribunales (C.O.T.).

[24] Conforme al artículo 700, sólo se pueden poseer las cosas *determinadas*.

se destruye objetivamente hablando a propósito de su uso natural. Subjetivamente hablando será consumible, si lo es para el sujeto, independientemente si la cosa en sí, no es consumible (vgr., para un relojero sus relojes son consumibles). La regla general, es que la consumibilidad se analice desde el punto de vista objetivo.[25] La destrucción puede ser *natural* o *civil.*

Esta clasificación, es confundida con la clasificación de cosas fungibles y no fungibles.

5) COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

En doctrina, y también en nuestro Código Civil, existe una confusión terminológica entre esta clasificación y la clasificación anterior. Estrictamente, las expresiones fungible-no fungible, guarda relación con la noción: *"igual poder liberatorio"*, que es algo distinto a la consumibilidad.

Así serán fungibles, aquellas cosas que -presentando una igualdad de hecho- se les considera de igual poder liberatorio. Aquí están presentes las ideas de *reemplazo* y *producción en serie.* Serán no fungibles, aquellas que carezcan de alguno de los elementos que presentan las fungibles.

Es cierto que existe una íntima vinculación de la fungibilidad con la consumibilidad, en el sentido que muchas cosas consumibles, lo son también fungibles; pero, no todas las cosas fungibles, son necesariamente consumibles.[26]

Nuestro Código Civil en el artículo 575, se refiere a esta clasificación, la que sólo es aplicable a las cosas **muebles**. Nótese que aquí, claramente el legislador confunde consumibilidad con fungibilidad.

Art. 575: *"Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles.*

A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan.

[25] Relacionado con la presente clasificación, se encuentran las siguientes cosas: **cosas gradualmente consumibles**, por ejemplo la ropa, los cuadernos, etc., que no necesariamente se destruyen a su primer uso; **cosas corruptibles**, por ejemplo los medicamentos, las comidas, están expuestos a un deterioro mayor o casi inmediato.

[26] Al igual que en la consumibilidad, la fungibilidad también puede ser analizada **objetiva** o **subjetivamente**. En este último punto, se conecta la fungibilidad con la noción de *valor de afección.*

Las especies monetarias[27] *en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles".*

6) Cosas divisibles y cosas no divisibles

Si seguimos las ciencias físicas, todo se puede dividir, hasta el átomo. Pero, como tratamos de hacer ciencia jurídica, debemos realizar ciertas distinciones.

Jurídicamente hablando, pueden diferenciarse dos grandes tipos de *divisibilidad* y su inversa la *indivisibilidad*: una de tipo natural o **material** y otra de tipo intelectual o **ideal**, también llamada esta última *de cuota*.

Son *materialmente divisibles*, aquellas cosas que pueden fraccionarse sin destruirse, y sin mermar su valor. A la inversa, es *materialmente indivisible*, aquella cosa que al fraccionarse se destruye, y/o pierde ostensiblemente su valor. Por ejemplo, una vaca viva es indivisible materialmente, pero muerta es divisible (filete, lomo, costillas, palanca, posta, etc.). Esto sin embargo, es una cuestión *de hecho*, no existen aquí listas taxativas.

Son *ideal o intelectualmente divisibles*, las cosas que se dividen en partes imaginarias o ideales (o en cuotas), aunque la cosa misma no pueda dividirse materialmente. Por ejemplo, la misma vaca viva anterior, es indivisible materialmente; pero sí lo es en forma intelectual o ideal, cuando varios sean co-dueños de la misma.

En principio, *todas* las cosas corporales y todos los derechos son ideal o intelectualmente divisibles. Sin embargo, existen derechos (cosas incorporales) que no pueden dividirse intelectualmente. Ya sea porque la Ley lo ha señalado como elemento de la naturaleza, o como elemento esencial. En el primer caso, las partes podrían eliminar la indivisibilidad, en el segundo la indivisibilidad es obligatoria e irrenunciable. La prenda y la hipoteca, son derechos que contienen la indivisibilidad como elemento de la naturaleza, vale decir, por regla general, son indivisibles, salvo pacto expreso en contrario. Los derechos de servidumbre y la propiedad fiduciaria, nunca pueden dividirse, ni aún intelectualmente.

[27] No obstante, para el *numismático*, las monedas no son cosa fungible.

7) Cosas presentes y futuras

Esta clasificación, también se relaciona con lo ya estudiado en acto jurídico, en atención a los requisitos del objeto.

No sólo las cosas que *existen* pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino *las que se espera que existan*; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla (art. 1.461 inc. 1º y 2º). La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte (art. 1.813).

8) Cosas singulares y cosas universales[28]

Cosas singulares, son aquellas que en sí presentan una unidad, ya sea natural o artificial, simple, compleja o compuesta. La destinación aquí, determina la unidad.

El término *cosa universal*, y la distinción ínfita en ella, es uno de los temas más controvertidos en doctrina. Aquí hablamos de las llamadas **universalidades** (*universitas*), las que pueden ser **de hecho** (*universitas facti*) o **de Derecho** (*universitas ius*). Son *universalidades de hecho*, aquellas que se presentan como si fueran un solo todo, como un solo objeto, verbigracia un rebaño, una biblioteca.[29] Las universalidades de hecho, tienen su *origen* en la *voluntad humana*. En cambio, en las *universalidades de Derecho* su único fundamento es el ordenamiento jurídico, la Ley, no la voluntad humana. Se caracterizan además porque aneja a la noción de universalidad jurídica o de Derecho, aparecen las nociones de subrogación real y de pasivo. A nuestro juicio, las únicas universalidades jurídicas o de Derecho en Chile, lo son *el patrimonio* y *el derecho real de herencia*.[30]

---

[28] Véase aquí, Figueroa Y., Gonzalo, *El patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 59 a 84.

[29] Si el *establecimiento de comercio*, es una universalidad de hecho o de Derecho es una discusión que corresponde al Derecho Comercial. Véase la bibliografía citada en la nota al pie anterior.

[30] Navarro A., René, *Manual de Derecho Civil. Curso de Derecho Civil I: Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica (Sujetos de Derechos)*, ob. cit., p. 127.

9) COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Una de las importancias de esta clasificación, radica en que aquí se aplica el aforismo *lo accesorio sigue la suerte de lo principal: accesio cedit principali.* Volveremos sobre este punto en la accesión por unión, que es un modo de adquirir el dominio.

Distinguir si una cosa es principal o accesoria, será una cuestión de hecho, que habrá de determinarse casuísticamente, pero siempre tomando en cuenta los siguientes criterios:

– Existencia de la cosa por sí misma;
– Finalidad perseguida;
– Valor o cuantía;
– El volumen;
– El valor de afección.

10) COSAS APROPIABLES Y COSAS INAPROPIABLES

Las *cosas inapropiables* no son objeto de derechos, quedan fuera del comercio humano y de una relación jurídica, no ingresan a un patrimonio.[31] Dentro de las *cosas apropiables*, vale decir, aquellas que son susceptibles de apropiación, distinguiremos entre las *cosas apropiadas* y las *cosas inapropiadas.*

Apropiadas, son aquellas cosas (bienes) que ya forman parte del patrimonio de un sujeto. *Inapropiadas*, aquellas cosas que no tienen o carecen de titular o que pertenecen a nadie. En las cosas inapropiadas, encontramos a las *res nullius* y a las *res derelictæ.*

Res nullius, son aquellas cosas que nunca han tenido dueño o no se sabe si han pertenecido a alguien. Las *res derelictæ*, se diferencian de las anteriores por cuanto alguna vez tuvieron dueño, pero éste las abandonó.[32] Volveremos sobre este tema al tratar el

[31] **Art. 585:** *"Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar,* ***no son susceptibles de dominio****, y* ***ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas****. Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional".*

[32] El clásico ejemplo de *res derelictæ*, es el del padrino de bautizo que arroja monedas a los niños invitados. **Art. 624:** *"La invención o hallazgo es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie* (**res nullius**)*, adquiere su dominio, apoderándose de ella. De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras substancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior. Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño* (**res derelictæ**)*, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer*

modo de adquirir *ocupación*. En Chile, sólo los bienes **muebles** pueden ser cosas inapropiadas, porque los inmuebles que antiguamente se les llamaba *mostrencos*, sí tienen titular.

Art. 590: *"Son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño"*.[33]

11) Cosas comerciables e incomerciables

Esta clasificación, también ya se estudió al analizar los requisitos del objeto en un acto jurídico. *Comerciables*, son aquellas cosas que están dentro del comercio humano, aquellas que lícitamente pueden ser objeto de un acto jurídico.

La comerciabilidad, es un requisito general del objeto de las prestaciones a que se obligan las partes en virtud de un contrato. Así lo señala el artículo 1.461 al expresar que las cosas que son objeto de una declaración de voluntad han de ser comerciables. El artículo 1.464 Nº 1 expresa que hay objeto ilícito en la enajenación de las *cosas que no están en el comercio*. El artículo 1.810 agrega que pueden venderse todas las cosas corporales e incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley. Ahora bien, la mayoría de las cosas son comerciables, esto es, susceptibles de dominio o posesión privada; en otras palabras, caben dentro del comercio humano. Las cosas incomerciables o *extracomerci* son la excepción.

La incomerciabilidad puede tener su fundamento en la *naturaleza misma de la cosa* (como las comunes a todas las personas: la alta mar, el aire, etc.); en su *destino o destinación* (los bienes nacionales de uso público, las *res religiosæ*); o por *consideraciones de orden público* o de otra índole que el legislador señale (drogas ilícitas, armas sin autorización militar, artículos de pornografía infantil). En el primer caso (incomerciabilidad por la naturaleza misma de la cosa), su carácter incomerciable es absoluto; en los demás, su incomerciabilidad es relativa, pues su tráfico podrá determinarse bajo circunstancias calificadas.

ocupante. No se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave".

[33] Véase el D.L. Nº 1.939 que establece normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. Disponible en www.bienes.cl .

12) Bienes de particulares y bienes del estado (Título III, Libro II del Código Civil)

El estudio de esta temática, corresponde en profundidad a otras disciplinas del Derecho, como el Derecho Administrativo, el Derecho Minero, el Derecho de Aguas, el Derecho Internacional Público, entre otras. Por esta razón, aquí sólo nos remitiremos a lo dispuesto en los artículos 589 a 605, los que damos por reproducidos.

CAPÍTULO SEGUNDO[1]

EL DERECHO DE PROPIEDAD (DOMINIO)[2]

[1] Antes de entrar derechamente al estudio del Derecho de Dominio (Propiedad), diremos que existen –jurídicamente hablando– tres formas en las que un sujeto de derecho puede vincularse con una cosa: o es **dueño** de ésta, o es **poseedor** de la misma o bien solamente es su **mero tenedor**. El análisis de cada una de estas categorías se estudian en el presente curso.

[2] En el campo jurídico, la palabra **propiedad** es usada por algunos autores como **sinónima de dominio**; otros señalan que se trata de términos diversos, aplicando la noción de dominio sólo a las **cosas corporales** y propiedad a las cosas **incorporales** (derechos reales y personales, propiedad intelectual e industrial); también existe parte de la doctrina que expresa que las diferencias entre ambos conceptos (dominio y propiedad) se producen en relación al **enfoque** que se les de, y en este sentido *dominio* sería una **visión subjetiva** de este derecho real, y el término *propiedad* sería un **enfoque objetivo** de la institución. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 37.

I. GENERALIDADES Y CONCEPTO

Este derecho subjetivo patrimonial, es el derecho real más importante y de tratamiento dogmático más extendido en la doctrina civil y constitucional de nuestro país.[3] Lo anterior, porque está consagrado tanto a nivel legal (Código Civil), como también a nivel constitucional (art. 19 Nº 24 C.P.R.).

El artículo 582, define legalmente el dominio:

> **Art. 582:** *"El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno".*

De acuerdo al artículo recién citado, el dominio sólo cabría respecto a las cosas *corporales*. Sin embargo, el artículo 583 señala que sobre las *cosas incorporales* hay también una *especie de propiedad*.

La norma más importante del ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución señala que ésta asegura a todas las personas: *"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"* (art. 19 Nº 24 inc. 1º).[4]

En este entendido, no sólo hay propiedad o dominio sobre las cosas corporales (una casa, un libro), sino que también (como lo señala el constituyente) sobre cosas (bienes) *incorporales*,[5] vale

---

[3] GUZMÁN B., ALEJANDRO, *"El Derecho Privado Constitucional de Chile"*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, UCV, Valparaíso, 2001.

[4] Como sabemos, no sólo hay consagración constitucional del derecho **de** propiedad (art. 19 Nº 24 C.P.R.), sino que además se garantiza el derecho **a la** propiedad, en el artículo 19 Nº 23 C.P.R.

[5] Alejandro Guzmán B., llama a esta *"especie"* de propiedad como **cuasidominio**. GUZMÁN B., ALEJANDRO, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 117.

decir, sobre los derechos reales y los derechos personales. Esto quiere decir que el usufructuario es titular del derecho de usufructo (derecho real) y dueño del mismo derecho; y el titular de un derecho personal, además de ser acreedor, es "dueño" de su derecho personal.

Ahora bien, esta concepción de cosificación de los derechos es producto del artículo 583 del Código Civil, y principalmente por la redacción del inciso primero del Nº 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.[6]

Con todo, creemos que el derecho de dominio sólo se tiene respecto de cosas (bienes) *singulares* (corporales o incorporales) o *universalidades de hecho* (un rebaño, una biblioteca), ya que el único derecho que se puede tener sobre una *universalidad de Derecho* es el **derecho real de herencia**,[7] pero ello no es óbice en nuestro Derecho positivo como para concluir que su titular tiene el dominio sobre dicho derecho real (el derecho real de herencia).

La Constitución además, asegura que **sólo la Ley** (ninguna otra fuente del Derecho de inferior jerarquía a ella)[8] puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Cabe preguntarse ¿qué comprende las limitaciones y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad?

Ésta comprende:

– Los intereses generales de la Nación;
– La seguridad nacional;
– La utilidad pública;
– La salubridad pública; y
– La conservación del patrimonio ambiental (19 Nº 8 C.P.R.).[9]

---

[6] Vid. GUZMÁN B., ALEJANDRO, *Las cosas incorporales...*, ob. cit., p. 99.

[7] Éste se puede definir como aquel derecho real que se tiene sobre una universalidad de Derecho conformada por todos los derechos y obligaciones **transmisibles** del causante al momento de su muerte.

[8] Garantía normativa, que se relaciona con el principio de reserva legal y con el artículo 19 Nº 26 C.P.R.

[9] El estudio pormenorizado de la propiedad consagrada a nivel constitucional, corresponde a la respectiva cátedra.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO[10]

Desde antaño se ha enseñado que son tres las características del derecho real de dominio: 1). Que es absoluto; 2). Que es exclusivo; y 3). Que es perpetuo.

Característica de absoluto. Esta característica, quiere recalcar que el derecho de dominio habilita a su titular (el señor o dueño) para ejercer sobre la cosa todas las facultades o atributos del mismo, esto es, puede usar la cosa, gozarla y disponer de ella.

En principio, el que ejerce su derecho a nadie ofende. Sin embargo, puede suceder que este *uso*, se transforme en *abuso* contra terceros, es por ello que el derecho del dueño tiene como límite el ordenamiento jurídico (la Constitución y la Ley) y también el *derecho ajeno*.

Ahora bien, este carácter de "absoluto" del derecho de dominio –insistimos– tiene que ver con la circunstancia que comprende (en principio) "todas" las facultades del dominio (uso, goce, disposición), haciendo el paralelo con los demás derechos reales que sólo tendrían alguna(s) de ellas, como por ejemplo el usufructo.

Con todo, no podemos perder de vista el hecho que el dominio es (como todo derecho real) un derecho de *ejercicio absoluto*, vale decir, el deudor en esta relación jurídica (de derecho real) es un *sujeto pasivo universal* (*erga omnes*), esto es, todos los demás tienen el deber jurídico de no perturbar ese dominio.

Ningún particular, ni menos el Estado puede atropellar el dominio. El constituyente consagra en el inciso tercero del artículo 19 Nº 24 que **nadie puede**, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de **ley general o especial que autorice la expropiación** por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

Característica de exclusivo. Que sea exclusivo (y excluyente) el dominio, supone un **único titular** (aunque sean varias personas). Los demás, como señalamos, están obligados a respetar el dominio

[10] De aquí en adelante principalmente nos referiremos al dominio o propiedad que recae sobre cosas corporales, ya que el análisis de los otros derechos reales y de los derechos personales (obligaciones) se realizará más adelante.

del otro. Lo anterior no se opone, a que existan sobre la cosa **otros derechos reales distintos al dominio** (con distintos titulares), ni tampoco –como se expresó– a que varios sean titular del mismo derecho (co-dueño; comuneros).

Característica de perpetuo. Como el dominio es el máximo derecho real, se supone de duración perpetua o indefinida (para toda mi vida y la de mis herederos), esto es, sólo se perderá cuando "otro" se encuentre en las hipótesis legales de adquisición del dominio (modos de adquirir), o cuando se **destruya** la cosa.

El único que puede lícita y voluntariamente destruir (consumir) y/o disponer de la cosa sobre que recae su dominio es el **señor o dueño**.

III. ATRIBUTOS O FACULTADES DEL DOMINIO

También desde el Derecho Romano, se ha dicho que tres son los atributos o facultades del dominio: 1). el *ius utendi*; 2). el *ius fruendi*; y 3). el *ius abutendi*. Esto es, las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa (bien).[11]

En términos muy generales, el *atributo o facultad de* ***uso*** consiste en servirse de la cosa, utilizarla, pero sin destruirla inmediatamente, ni tampoco servirse de sus frutos o productos. Por ejemplo, conducir mi vehículo, habitar mi casa, reproducir mi disco, etc.

El atributo o facultad de ***goce***, implica habilitar al dueño para que se apropie de sus frutos (naturales o civiles) y de sus productos. Por ejemplo, comerme la manzana de mi manzano, arrendar mi casa, hacer queso con la leche de mi vaca.

Finalmente, el *atributo o facultad de* ***disposición*** habilita al dueño tanto para destruir o consumir la cosa (disposición material), como también para enajenarla (disposición jurídica).

En el artículo 582 tanto el uso como el goce, están ínfitos en la palabra "gozar".

---

[11] Cuando tratemos la posesión, diremos que existe también un **cuarto atributo o facultad del dominio** que sería ***"el derecho a la posesión"*** (*ius possidendi*). El derecho a poseer es la consecuencia necesaria del derecho de propiedad: es el *ejercicio mismo del dominio*. Volveremos sobre este punto. Vid. PESCIO V., VICTORIO, *Manual de Derecho Civil. Tomo IV. De la copropiedad, de la propiedad horizontal y de la posesión*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 117 y ss., 128 y ss. (en adelante citaremos esta obra del autor).

Esta noción de *atributos o facultades del dominio*, ha permitido a la ciencia del Derecho concluir que cuando estos tres (uso, goce y disposición) se hallan reunidos en **un** titular, se hable de *propiedad completa, absoluta o plena*. Cuando el dueño se desprende de algunas de ellas (uso y/o goce), quedándose sólo con la facultad de disposición, la propiedad se llama *mera o nuda*, porque está desprovista (desnuda) de las otras.

Desmembrar el derecho de dominio, significa que el dueño puede desprenderse del uso y/o goce; mas no de la disposición, ya que ésta es una *conditio sine qua non* del derecho de dominio.

Producto de la desmembración del dominio, nacen los derechos reales limitados que estudiaremos más adelante, v. gr., el usufructo.

IV. LA DISPOSICIÓN

1) GENERALIDADES

Ya se expresó, que el dueño puede disponer de la cosa, toda vez que esta actividad constituye el más importante de sus atributos o facultades.

La disposición puede ser *material* o *jurídica*. Es material, cuando el dueño destruye o consume (total o parcialmente) la cosa. La disposición jurídica, tiene que ver con la *enajenación*, esto es, con desprenderse (del todo o parte) de la titularidad del derecho de dominio, a través de actos jurídicos.

La enajenación (jurídicamente hablando) puede tener dos acepciones; una acepción amplia o general, y una acepción restringida o relativa.

En un *sentido amplio*, enajenar constituye todo acto en virtud del cual se transfiere el dominio de una cosa "o" se constituye un derecho real sobre la misma (distinto del dominio) a favor de un tercero. En otras palabras, enajenar implicaría tanto hacer tradición del dominio, como también constituir un usufructo, prenda, hipoteca o servidumbre sobre la cosa a favor de un tercero.

En *sentido restringido*, enajenar "sólo" implicaría transferir el dominio, vale decir, enajenar sería sinónimo de **tradición**, esto es, aquel *modo de adquirir el dominio* de las cosas y consiste en la

entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo (art. 670 inc. 1º).

Fernando Rozas Vial,[12] señala que el Código Civil emplea la voz enajenación en un *sentido amplio* en los artículos 2.387 (prenda), 2.414 (hipoteca), y en un *sentido restringido* en los artículos 142 (bienes familiares), 393 (guardas), 1.135 (legados), 1.749 inciso 3º y 1.754 (sociedad conyugal).

Según Víctor Vial del Río,[13] se discute en doctrina cuál sería la acepción de enajenación que emplea el artículo 1.464 (casos de objeto ilícito), inclinándose finalmente por la acepción amplia.

De todas maneras, si el término *enajenación* ha sido tomado por la Ley en un sentido amplio o restringido, es un tema discutible que debe ser analizado caso a caso, ya que es imposible realizar enumeraciones taxativas y concluyentes.[14]

Rozas,[15] señala que existen casos en que la Ley o la voluntad de los sujetos, pueden *suspender* la facultad de disposición:

i) Casos en que la facultad de enajenar se suspende por disposición de la Ley:
   – Derechos intransferibles (arts. 1.464 Nº 2, 819) en ningún caso (norma prohibitiva);
   – Cosas embargadas (1.464 Nº 3), salvo que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello (norma imperativa);
   – Especies cuya propiedad se litiga (1.464 Nº 4), a menos que el juez que conoce del litigio conceda su permiso (norma imperativa).

ii) Casos en que la facultad de enajenar está suspendida por voluntad de los sujetos:
   – Propiedad fiduciaria (art. 751 inc. 2º);
   – Donación (1.432 Nº 1);

---

[12] ROZAS V., FERNANDO, *Los Bienes*, LexisNexis, Santiago, 2004, p. 79.

[13] VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2.003, p. 171.

[14] Sólo en el Código Civil se emplea la voz enajenación en 24 artículos (395, 488, 679, 684 Nº 5, 704 Nº 3, 718, 751, 881, 898, 1.126, 1.135, 1.244, 1.432, 1.464, 1.491, 1.792-15, 1.797, 1.810, 1.831, 1913, 1964, 2.187, 2.414, 2.231) y enajenar(e)(se)(la) en 30 artículos (88, 142, 150, 254, 393, 432, 488, 672, 706, 751, 798, 819, 1.084, 1.106, 1.126, 1432 Nºs 1 y 3, 1.502, 1.575, 1.721, 1.749, 1.754, 1.755, 1.759, 1.964, 2.031, 2.202, 2.381, 2.414, 2.415, 2.495).

[15] ROZAS V., FERNANDO, *Los Bienes,* ob. cit., pp. 79 y 80.

– Usufructo (793 inc. 3º);
– Cesión de bienes (art. 1.619 inc. final).

2) Facultad y capacidad de disposición

En este punto, *facultad* de disposición es el "poder" para disponer de un derecho, para desprenderse de él, derivado de la titularidad misma del derecho, vale decir, por estar incorporado en su patrimonio.

En cambio, la *capacidad* tiene que ver necesariamente con la *capacidad de ejercicio*, esto es, en la aptitud legal para disponer de ese derecho por sí mismo, sin el ministerio o autorización de otro (art. 1.445 inc. 2º).

Para que la disposición tenga *plenos efectos jurídicos*, es menester que el disponente: i) sea titular del derecho; ii) tenga capacidad de ejercicio; y iii) que el derecho sea transferible.[16]

En cuanto a la posibilidad de renunciar a la facultad de disposición, diremos lo siguiente:

Existen casos en el Código Civil, en donde se niega valor a las cláusulas de no enajenar (p. ej. Art. 1.126); y también, existen otras disposiciones que expresamente permiten las cláusulas de no enajenar, como en los casos de suspensión de la facultad de enajenar por voluntad de los sujetos, vista anteriormente (arts. 751, 1.432, 793 inc. 3º).

Ahora bien, derechamente en orden a la posibilidad de eliminar la facultad de disposición, la doctrina está dividida.[17] Algunos,[18] sostienen que esta facultad es de la esencia del derecho de propiedad, y por lo mismo sus normas serían de orden público e irrenunciables, siendo anulables por objeto ilícito los pactos en donde se estipulare esta renuncia, salvo que la Ley *expresamente* lo permita. Otros,[19] señalan que las cláusulas de no enajenar serían válidas, a menos que la Ley *expresamente lo prohíba*, apoyándose en: i) el aforismo de clausura del Derecho Privado (puede hacerse todo lo que no esté prohibido); ii) si la Ley lo prohíbe en ciertos

---

[16] Por ejemplo, es intransferible el derecho real de uso o habitación.

[17] Rozas, ob. cit., p. 81. Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*, Tomo I, ob. cit. pp. 58 a 61.

[18] Claro S., Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, T. VI. pp.339 y ss.

[19] Rozas, ob. cit.

casos, es porque la regla general es que están permitidos; iii) si el dueño puede enajenar, puede también desprenderse de esta facultad (quien puede lo más puede lo menos); y iv) lo dispuesto en el artículo 53 Nº 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.[20]

Siguiendo la última postura doctrinal, el incumplimiento de esta cláusula de no enajenar constituiría sólo una infracción contractual, el cual se resuelve conforme el artículo 1.555.[21]

V. LÍMITE AL DERECHO DE PROPIEDAD

Como señalamos anteriormente, el constituyente expresa que sólo la Ley puede establecer a la propiedad las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social.

Ahora bien, se han señalado como límites al derecho de propiedad los siguientes:

i) *Las obligaciones reales o propter rem (contenido pasivo del derecho de propiedad)*: El contenido pasivo del derecho de propiedad viene dado por la existencia de las llamadas *obligaciones reales* o *propter rem*, y son aquellas que afectan al propietario por el sólo hecho de ser tal.

En otras palabras, el deudor en estas obligaciones es el dueño (o poseedor). Estas obligaciones *propter rem* son transmisibles, acompañan a quien sea titular del dominio de la cosa. No existe una enumeración taxativa de las obligaciones reales o *propter rem*, por ello aquí sólo señalaremos por vía ejemplar los siguientes casos: artículos 613 y 614 (posibilidad que los pescadores ingresen a un terreno, en la *ocupación* de cosas animadas); 620 (posibilidad que el dueño de las abejas las persiga en terreno ajeno); 858 y 859 (cerramiento y medianería, en las *servidumbres*); 941 y 942 (*querellas posesorias especiales*); 1.962 (obligación del nuevo propietario de respetar el arriendo); las contenidas en el Código de Aguas, en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, y en la Ley sobre Copropiedad Inmobiliaria, entre otros casos.[22]

---

[20] Este artículo dispone: "*Pueden inscribirse: 3º. Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, **sea convencional**, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del **derecho de enajenar**…* ".

[21] Incumplimiento en las obligaciones de no hacer (no enajenar).

[22] Según parte de la doctrina, algunos de estos casos de obligaciones *propter*

ii) *La teoría del abuso del derecho*:[23] Como señala Coviello, el ejercicio de los derechos consiste en la actuación práctica del contenido del derecho mismo.[24] Es la verificación empírica de la hipótesis contenida en la Ley. El ejercicio del derecho importa la ejecución de hechos a que nos faculta su contenido. En principio, *"quien su derecho ejerce a nadie ofende"*. Ahora bien, si del ejercicio de estos derechos, resulta un daño para un tercero, el autor del perjuicio de nada respondería, porque estaría obrando amparado en su derecho. Ésta, sería la concepción absolutista e individualista del derecho subjetivo, la cual en la actualidad se encuentra abandonada, gracias al desarrollo de la *teoría del abuso del derecho*, o como la llama Cifuentes *teoría del ejercicio abusivo de los derechos*.[25] El abandono de esta noción absolutista de los derechos, se debe principalmente al fundamento siguiente: el derecho no se ejercita en el vacío, sino que en un *medio social*. En una comunidad civilmente organizada, los derechos de unos se encuentran en igual posición que los derechos de otros. Éstos, no pueden ejercerse con fines ilegítimos, como podría ser el provocar un daño, por el mero espíritu de malquerencia; y si ello ocurriere, procedería la acción indemnizatoria[26] o alguna otra sanción que determine la Ley.[27]

---

rem, resultarían del **cuasicontrato de vecindad**, aunque este último no esté reconocido expresamente en el Código Civil.

---

[23] Esta temática ya fue analizada, a propósito de ***la relatividad de los derechos en su ejercicio***. Véase NAVARRO A., RENÉ, *"Manual de Derecho Civil. Generalidades. Fuentes. Relación Jurídica y sujetos"*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, p. 94.

[24] COVIELLO, NICOLÁS, "*Doctrina General del Derecho Civil*", Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938.

[25] La teoría del ejercicio abusivo del derecho se adscribe a una serie de instituciones que sin renunciar a la libertad y al respeto de la autonomía de la voluntad y de la propiedad privada, le dan un carácter de mayor socialidad y permiten el desempeño más acabado de los jueces en la misión de impartir justicia. Véase CIFUENTES, ob. cit., p. 38 y ss.

[26] Se vuelve a tratar el tema del *abuso del derecho* en Derecho Civil III, en materia responsabilidad civil contractual y extracontractual, y también en Derecho de Familia (asenso, y demás casos de derechos absolutos).

[27] El inciso 1º del artículo 56 del Código de Aguas, pareciera reconocer la teoría del abuso del derecho, al señalar: *"Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo"*.

Como contrapartida de lo anterior –y en forma excepcional– aparecen los llamados **derechos absolutos**, que según los autores serían una categoría de derechos cuyo ejercicio, aún cuando sea de mala fe, escapan del ámbito de la teoría del abuso del derecho.[28]

iii) *Las establecidas en el artículo 732* (propiedad fiduciaria, uso o habitación, usufructo, servidumbre):

Art. 732: *"El dominio puede ser limitado de varios modos:*

1º. Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición;

2º. Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación, a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra; y

3º. Por las servidumbres".

VI. CLASIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD

Existen diversos criterios de clasificación de la propiedad, los más relevantes son los siguientes:

i) En cuanto a su *extensión*, la propiedad se puede clasificar en: *plena* (aquella que comprende todos los atributos: uso, goce y disposición), *nuda o mera* (la que sólo tiene disposición, art. 582 inc. 2º), *absoluta* (no sujeta a modalidad), y *fiduciaria* (la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición, art. 733 inc. 1º);

ii) Según *su titular*, puede ser: *individual* o *colectiva* (comunidad-copropiedad); y

iii) En cuanto a su *objeto* puede ser: *civil* (la reglamentada en el Código Civil) y las *especiales* (regidas por leyes especiales).[29]

---

[28] Se dan como ejemplos: *Artículos 107; 108 y 112:* derecho de los ascendientes para oponerse a que un menor de dieciséis años contraiga matrimonio sin su asenso o autorización; *Artículo 150 incisos 9º y 10º:* derecho de la mujer casada en sociedad conyugal, de aceptar o renunciar a los gananciales en el caso que tenga patrimonio reservado; *Artículo 1.255:* derecho a aceptar una herencia; *Artículo 1.317:* derecho a pedir la partición de bienes. Estas temáticas, se analizan en Derecho de Familia.

[29] Podemos señalar que en este sentido son especiales: la propiedad **minera**, la propiedad sobre el **derecho de aprovechamiento de las aguas**, la propiedad **intelectual e industrial**, la **copropiedad inmobiliaria**, la propiedad **indígena**, y la

VII. EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA PROPIEDAD

Esta temática sólo se analiza respecto de los bienes corporales *inmuebles*, ya que respecto de los muebles –y su determinación del objeto en cuanto a sus líneas materiales, en los sentidos horizontal y vertical– no existen dificultades por tratarse de cuerpos físicos aislados y diferenciados de los demás.[30]

Dónde empieza y dónde termina la propiedad sobre inmuebles. Se ha estudiado la extensión objetiva de los inmuebles desde los siguientes puntos de vista:

En el *plano horizontal*, los deslindes de cada inmueble (en relación con sus vecinos y de acuerdo a los cuatro puntos cardinales) constituyen su límite. Estos pueden estar ya fijados, o bien la Ley establece el respectivo procedimiento (arts. 842, 843).[31]

En el *plano vertical* es menester hacer una subdistinción respecto del subsuelo y del espacio aéreo.

En relación al *subsuelo*, no existe ninguna disposición legal que señale expresamente el límite del propietario,[32] y en este sentido se puede afirmar que el subsuelo pertenecería al dueño del suelo hasta la profundidad requerida por el interés que determina el uso del inmueble.[33] No obstante lo anterior, es imprescindible no perder de vista en este punto, las disposiciones del Código de Minería y el tratamiento de la propiedad minera, cuyo análisis corresponden al curso de Derecho Minero.[34] Mención aparte

---

extinta **propiedad austral** (su tratamiento excede los límites del presente curso, y pertenece a estudios de post-grado o de especialización).

---

[30] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 67.

[31] Éstos serán analizados cuando se trate en las **servidumbres** la demarcación y el cerramiento.

[32] Ello ha hecho que la doctrina elabore diversas teorías sobre el punto. Vid. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 69.

[33] Hay algunas disposiciones que permiten sostener esta posición. El artículo 942 del C.C. expresa: *"Si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o penetra en él con sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar él mismo las raíces. Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida"*. El inciso 1º del artículo 56 del Código de Aguas señala: *"Cualquiera puede cavar en suelo propio pozos para las bebidas y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo"*.

[34] La concesión minera es un derecho real e inmueble **distinto e independiente del dominio del predio superficial**, aunque tengan un mismo dueño (C.

merece el tratamiento del *tesoro*,[35] puesto que no pertenece necesariamente al dueño del terreno donde se encuentre escondido o enterrado, el cual es un subtipo de *invención o hallazgo*, y ésta una especie de *ocupación*.

En relación al *espacio aéreo*, tampoco existe disposición legal[36] que señale hasta qué altura llega el derecho del propietario del suelo, por lo que (al igual que en el caso anterior) se ha entendido que alcanza hasta la altura requerida por el interés que determina el uso del inmueble. Sin perjuicio de lo que, por razones de seguridad, establezca la Ley General de Urbanismo y Construcciones respecto de la altura máxima y características especiales de construcción de los edificios.[37]

VIII. LA COMUNIDAD Y LA COPROPIEDAD

Esta temática corresponde *in extenso*, al capítulo de Fuentes de las Obligaciones al analizar el **Cuasicontrato de Comunidad**, artículos 2.304 y siguientes (Derecho Civil III), y al capítulo de Derecho Sucesorio al analizar la **Partición de Bienes** artículos 1.317 y siguientes (Derecho Civil IV).

Hecho el alcance anterior, aquí sólo haremos una aproximación terminológica ya que su estudio en profundidad pertenece

de Minería art. 2º); Toda persona tiene la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio (art. 14 y ss. C. de Minería).

[35] El descubrimiento de un tesoro es una especie de invención o hallazgo. Se llama **tesoro** la moneda o joyas, u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño (art. 625); El tesoro encontrado en terreno ajeno *se dividirá por partes iguales* **entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento**. Pero esta última no tendrá derecho a su porción, sino cuando el descubrimiento sea fortuito o cuando se haya buscado el tesoro con permiso del dueño del terreno. En los demás casos, o cuando sean una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno (art. 626).

[36] Hay referencias sí en los artículos 931 (que establece como denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios) y 942 (autoriza al dueño a exigir que el vecino corte la parte excedente de las ramas de sus árboles que embarazan su propiedad).

[37] Los artículos 17 a 26 del Código Aeronáutico consagran como *zona de protección* determinados espacios aéreos en los cuales no se puede levantar nada que obstaculice la navegación aérea.

a cursos superiores. Así pues, diremos (siguiendo a don Daniel Peñailillo Arévalo)[38] que en doctrina y en los textos legales no existe orgánica ni sistematización, en orden a lo que debe entenderse respecto de los conceptos afines de *indivisión, comunidad, condominio, copropiedad.*

Indivisión, sería más comprensivo e incluiría a los otros. Por su parte, los términos *condominio* y *copropiedad* serían sinónimos. Algunos, sostienen que *comunidad* haría referencia a la indivisión sobre una **universalidad jurídica** como la *herencia*; reservando los términos *copropiedad* o *condominio* a la que recaería sobre **especies o cuerpos ciertos**. Otros, entenderían que la *comunidad* es el "género indivisión" de **cualquier derecho** (usufructo, servidumbre, dominio, etc.) que pertenece a dos o más sujetos y que se ejerce sobre un mismo objeto; y la noción *copropiedad* o *condominio* sería aquella "especie de indivisión" sólo aplicable al **derecho de dominio**, esto es, cuando dos o más sujetos tienen el dominio sobre la totalidad de un mismo objeto.[39]

Siguiendo al mismo autor citado, desde otro punto de vista se conocen las comunidades *proindiviso* y las *prodiviso.* La primera (*proindiviso*) sería la auténtica comunidad, en la que el derecho de cada comunero se extiende a la *totalidad* del objeto común (los comuneros son dueños de nada y de todo al mismo tiempo). En cambio, en la comunidad *prodiviso,* el derecho de cada sujeto recae sobre una parte físicamente determinada del objeto, pero en otras partes también físicamente determinadas del mismo objeto existe una efectiva comunión con los co-dueños.

Esta última noción, sería la aplicada por la Ley sobre **Copropiedad Inmobiliaria** Nº 19.537 del año 1997[40] y su Reglamento (Decreto Nº 46 del año 1998).

El artículo 1º de esta norma, señala que la presente Ley regula un régimen especial de propiedad inmobiliaria, con el objeto de establecer condominios integrados por inmuebles divididos en unidades sobre las cuales se pueda constituir dominio exclusivo a favor de distintos propietarios, manteniendo uno o más bienes en el dominio común de todos ellos. Los inmuebles que integran

[38] PEÑAILILLO A., DANIEL, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2004, pp. 93 y ss.

[39] Peñailillo sigue esta última nomenclatura.

[40] Ésta derogó la antigua Ley de **Propiedad Horizontal**. El tratamiento pormenorizado de esta temática, corresponde a cursos de postgrado o de especialización.

un condominio y sobre los cuales es posible constituir dominio exclusivo, pueden ser viviendas, oficinas, locales comerciales, bodegas, estacionamientos, recintos industriales, sitios y otros (...) Sólo las unidades que integran condominios acogidos al régimen de copropiedad inmobiliaria que consagra la presente Ley podrán pertenecer en dominio exclusivo a distintos propietarios.

CAPÍTULO TERCERO

LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

I. GENERALIDADES

1) Conceptos básicos

Ya señalamos que (por mandato expreso de la Constitución), sólo la Ley puede establecer los *modos de adquirir la propiedad*. De esta suerte, la enumeración de los mismos y su creación corresponde exclusivamente al legislador (*numerus clausus*), por ello la propia Ley es también un modo de adquirir el dominio.

Como señala Peñailillo,[1] Chile siguió en este punto la tradición romana de exigir para la transferencia del dominio,[2] la concurrencia de dos elementos jurídicos (copulativos): un *título* y un *modo de adquirir*. El *título*, es el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente para la adquisición del dominio; y *modo de adquirir*, es el hecho o acto jurídico que produce efectivamente la adquisición del dominio.[3] Aquí se aplicaría la teoría de la **causa eficiente**. Dicho en otros términos, *título* sería la **causa remota** de adquisición y el *modo de adquirir* la **causa próxima** de adquisición, vale decir, el hecho idóneo para producir *in concreto* la adquisición del dominio.

De ahí que, con el *solo título*, no pueda adquirirse en nuestra legislación el dominio, y como se trata de requisitos *copulativos*, es menester además que se verifique el *modo de adquirir* para que

---

[1] PEÑAILILLO A., DANIEL, *Los bienes*, ob. cit., p. 111.

[2] También de los demás derechos reales, e incluso de los créditos o derechos personales (v. gr., cesión de créditos arts. 699 y 1.901 y ss.).

[3] ROZAS, define los modos de adquirir el dominio como los hechos jurídicos a los que la Ley atribuye la facultad de hacer nacer o traspasar el dominio, ob. cit., p. 115.

efectivamente el derecho respectivo ingrese al patrimonio del titular. Con ello se enfatiza que, un *título* como la **compraventa**[4] (por sí sola), jamás servirá para adquirir el dominio de la cosa por el comprador, puesto que requiere que, además, se verifique el *modo de adquirir*, esto es, que se haga además la **tradición**.[5] En Chile (a diferencia de la tradición francesa[6]), el contrato (v. gr., la compraventa) no tiene la virtud de transferir por sí solo el dominio, puesto que sólo genera derechos personales.

Los títulos que habilitan para la posterior transferencia del dominio son llamados *títulos translaticios de dominio*, y son innumerables, constituyen un catálogo de *numerus apertus* (catálogo abierto), pueden revestir las formas y características que acuerden los particulares.[7]

2) ENUMERACIÓN

Como ya expresamos, los modos de adquirir sólo pueden ser establecidos por la Ley. El artículo 588 inciso primero los enumera, a esta enumeración debemos agregar la Ley. Son modos de adquirir el dominio:

- La ocupación;
- La accesión;
- La tradición;
- La sucesión por causa de muerte;
- La prescripción adquisitiva (usucapión); y
- La Ley.

El modo de adquirir sucesión por causa de muerte se estudia en el curso de Derecho Sucesorio. La prescripción adquisitiva o usucapión, la trataremos después de analizada la posesión.

En relación a la Ley como modo de adquirir, ya dijimos que por mandato expreso de la Constitución sólo la Ley puede establecer los modos de adquirir, es por ello que es también la propia Ley, un modo de adquirir. De acuerdo a la postura doctrinal que exige

[4] Causa **remota** de adquisición.

[5] Causa **próxima** de adquisición.

[6] Colin y Capitan enumeran al **contrato**, como uno más de los *modos de adquirir* en el Derecho francés, y excluyen a la *tradición*. COLIN, AMBROISE; CAPITANT, HENRY, *Derecho Civil. Bienes, patrimonio y derechos reales*, vol. 2, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

[7] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 112.

dualidad título-modo de adquirir, en todos los modos, la Ley es a la vez título y modo de adquirir. El ejemplo clásico de Ley como modo de adquirir, lo constituye el procedimiento expropiatorio (art. 19 Nº 24 C.P.R., D.L. Nº 2.186).[8]

3) Clasificaciones de los modos de adquirir

Los modos de adquirir admiten diversas clasificaciones, destacan:

- Modos de adquirir originarios y derivativos;
- Modos de adquirir a título universal y singular;
- Modos de adquirir onerosos y gratuitos; y
- Modos de adquirir entre vivos y por causa de muerte.

Originarios y derivativos: esta clasificación atiende a la preexistencia del derecho en el patrimonio de un titular, de esta suerte, si el derecho (con las mismas características) ya estaba radicado en un patrimonio y se transfiere o transmite a otro, es de carácter *derivativo.* Si en cambio, en virtud de acaecer la hipótesis descrita por el legislador como modo de adquirir, el derecho nace (como tal) por primera vez en su patrimonio (primigeniamente), y no es producto de una transferencia o transmisión, el modo es *originario.*

A título singular y a título universal: esta clasificación se relaciona con aquello que se está adquiriendo. Si lo que se adquiere es el todo o parte de una universalidad jurídica (derecho real de herencia), el modo de adquirir es a título universal; en cambio, si lo que se adquiere es una especie o cuerpo cierto o un género limitado (determinado o determinable) es a título singular.

Onerosos y gratuitos: el criterio de clasificación, guarda relación con el dispendio patrimonial que involucra para el adquirente el modo de adquirir. Si hay sacrificio pecuniario para el adquirente, es oneroso; si no, es gratuito.

[8] También son ejemplos de Ley como modo de adquirir los artículos: 250 y 252 (derecho legal de goce que tiene el titular de la patria potestad), 907 inc. 3º (el poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos), 1.725 Nº 2 (frutos de los bienes propios de cada cónyuge, ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal), 1.753 (derecho legal de goce que tiene el marido en la sociedad conyugal), 590 (inmuebles sin dominio particular, son del Estado), entre otros.

Entre vivos y mortis causæ: el único modo de adquirir *mortis causæ* en nuestro Derecho es la sucesión por causa de muerte; en todos los demás casos, se trata de modos de adquirir por acto entre vivos.

4) TEORÍAS RESPECTO DE LA NECESIDAD DE LA DUALIDAD "TÍTULO-MODO" EN TODOS LOS MODOS DE ADQUIRIR

A este respecto, los tratadistas han planteado la siguiente interrogante: ¿todos los modos de adquirir necesitan de un título que los preceda?[9]

Una primera postura doctrinal (Arturo Alessandri Rodríguez), señala: aunque no lo diga expresamente el Código Civil, el sistema título-modo debe aplicarse a **todos** los modos de adquirir, para dar coherencia al sistema. En los modos ocupación, accesión, prescripción (y Ley), el título se confunde con el modo, esto es, el título en la ocupación, será la misma ocupación; idéntica solución se aplica a la accesión, la prescripción (y la Ley). En la sucesión por causa de muerte habría que distinguir: si se trata de una sucesión *testada*, el título será el testamento, y en la *ab intestato* o *intestada*, el título será la Ley. En la tradición, el título tiene que ser uno translaticio de dominio.

Una segunda postura doctrinal (Manuel Somarriva U., Guillermo Correa F.), expresa: **sólo** se aplica la dualidad título-modo a la **tradición**. En este modo de adquirir (tradición) el legislador exige un *título translaticio* (art. 675), en los demás modos, el Código Civil no establece esta exigencia. La doctrina que exige título-modo en todos los modos de adquirir es errada, porque extrapola normas de la posesión (arts. 702, 703, 704) a los modos de adquirir el **dominio**.

Rozas,[10] haciendo una distinción entre título mediato (remoto) y título inmediato, señala que la Ley será en todos los modos de adquirir un título remoto, pero en la ocupación, accesión, prescripción y sucesión *ab intestato* la Ley es, además, título inmediato.

Esta antigua discusión, queda todavía abierta.

---

[9] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., pp. 138 y ss.

[10] Ob. cit., p. 117.

5) El dominio sólo puede adquirirse por "un" modo

No es posible adquirir un bien por dos o más modos. Lo anterior, porque la aplicación de tan solo "un" modo de adquirir, hace innecesaria la existencia de otro.[11] Peñailillo, señala que como no se puede hacer lo hecho, tampoco se puede adquirir lo ya adquirido.[12]

II LA OCUPACIÓN

1) Generalidades y concepto

Conforme la doctrina,[13] la ocupación es el modo de adquirir más antiguo y natural.[14] El artículo 606 –que encabeza el título IV dedicado a la ocupación en el Libro II– señala que *por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional.* Sin embargo, esta norma no entrega una definición completa del instituto, puesto que carece la misma de algunos de sus elementos.

En efecto, se ha dicho que son requisitos de la ocupación:[15]

i) Que se trate de cosas que carecen de dueño, esto es, ***res nullius*** o ***res derelictæ***;
ii) Que la adquisición por este medio **no esté prohibida** por la Ley chilena o el Derecho Internacional;[16] y

[11] Metafóricamente hablando, podemos decir que a una casa se puede entrar por la puerta, la ventana, o quizás por el techo u otra vía, pero no se puede entrar a la misma por más de una a la vez. Lo mismo ocurre con los modos de adquirir el dominio.

[12] Ob., cit., p. 115.

[13] Barros B., Enrique, "Apuntes de clase", Universidad de Chile, Santiago, 1996, p. 36; Peñailillo, ob. cit., p. 118.

[14] En los pueblos primitivos, esta apropiación no se consideró relacionada a la tierra, sino que a los productos de la caza y la pesca. Estas normas (tal vez un poco anacrónicas) se encuentran presentes en nuestro Código Civil. Ibid. nota anterior.

[15] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 143.

[16] La pesca y la caza están prohibidas en ciertas épocas (o siempre respecto de ciertos bienes), lo que se llama veda (art. 622); el Derecho internacional prohíbe las presas hechas por bandidos piratas, insurgentes (art. 641). Rozas, ob. cit., p. 124.

iii) Que exista **aprehensión material** de la cosa y que ésta se haga con la **intención de adquirirla** (*animus aprehendendi*).[17]

Con esta aclaración, la doctrina ha definido la ocupación de las siguientes formas:

"Modo de adquirir el dominio de las cosas que carecen de dueño, consistente en su aprehensión material con la intención de adquirir la propiedad" (PEÑAILILLO[18]);

"La ocupación consiste en la aprehensión material de una cosa realizada con ánimo de adquirirla" (BARROS[19]);

"Modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no esté prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional, mediante la aprehensión material de ellas con la intención de adquirirlas" (ROZAS[20]);

"Modo de adquirir una cosa no perteneciente a nadie, por la toma de posesión de ella, efectuada con intención de convertirse en su propietario" (PLANIOL y RIPERT[21]).

2) CARACTERÍSTICAS DE LA OCUPACIÓN

Se trata de un modo de adquirir originario, entre vivos, a título gratuito y singular. Según Rozas,[22] sería la ocupación un **acto jurídico** (unilateral), puesto que se realiza con la intención de producir efectos jurídicos.[23]

3) SUJETO Y OBJETO EN LA OCUPACIÓN

En cuanto a los sujetos –aunque no lo menciona expresamente el Código Civil en el título IV del Libro II[24]–, se ha dicho[25] (apli-

---

[17] Aquí estarían presentes los elementos **físico** (material) y **sicológico** (subjetivo) de la ocupación.

[18] Ob. cit., p. 117.

[19] Ob. cit., p. 36.

[20] Ob. cit., p. 123.

[21] PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES, *Derecho Civil*, Colección clásicos del Derecho, Editorial pedagógica iberoamericana, México D.F., 1996, traducción de Leonel Pereznieto, p. 448.

[22] Ob. cit., p. 125.

[23] NAVARRO A., RENÉ, *Teoría General de los contratos y contratos en particular*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2005, *supra* p. 12.

[24] Sí hay norma en el artículo 723 inciso 2º, a propósito de la posesión.

[25] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 145; PEÑAILILLO, ob. cit., p. 118.

cando el artículo 723) que no pueden adquirir por ocupación ni los **dementes** ni los **infantes**, habida consideración al elemento volitivo o sicológico presente en la ocupación. No estamos de acuerdo con la opinión de Rozas,[26] conforme la cual "todos" los **absolutamente incapaces** no pueden adquirir el dominio por ocupación. Seguimos en este punto, la opinión de Peñailillo,[27] en el sentido que los impúberes que no sean infantes (mayores de 7 años y menores de 12 las damas y menores de 14 los varones) sí pueden adquirir por ocupación; y también los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente.

En cuanto al objeto, en nuestro Derecho sólo pueden adquirirse por ocupación las cosas **corporales muebles**. Corporales, porque sólo éstas podrían aprehenderse física o materialmente;[28] y muebles, porque conforme el artículo 590 son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño. De ahí que los inmuebles no pueden adquirirse por ocupación.[29]

Esta **cosa corporal mueble** debe carecer de dueño para que la ocupación sea un modo de adquirir el dominio; puesto que si ello no ocurre, la ocupación sólo servirá como un *título posesorio*.[30]

---

[26] Ob. cit., *supra* p. 125.

[27] Ob. cit., p. 119.

[28] En principio no sería posible aplicar este modo de adquirir a los bienes **incorporales**, puesto que como son abstracciones no podrían aprehenderse físicamente. PEÑAILILLO, ob. cit., p. 119. Véase también GUZMÁN, *Las cosas incorporales...*, ob. cit., p. 149 y ss. Señala Alejandro Guzmán que, como las cosas incorporales no se encuentran en la naturaleza, ello descarta de inmediato la ocupación de *res incorporales nullius* como modo de adquirir, y tampoco es aplicable a las *res incorporales derelictæ,* porque los derechos reales y personales (siendo abstracciones) no pueden ser dejados en el espacio para que los haga suyo el primer ocupante. Sin embargo, cuando aparece la noción de derechos documentados **a la orden** o **al portador**, la posibilidad de abandono y de ocupación surge inmediatamente; esto es posible porque el crédito va soportado en una cosa corporal: el documento (título) que es en realidad lo abandonado. GUZMÁN *Las cosas incorporales...*, ob. cit., p. 179 y ss.

[29] Véase el D.L. Nº 1.939 que establece normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. Disponible en www.bienes.cl . Véase además la discusión planteada respecto de adquirir por ocupación, la **posesión** de los inmuebles, PESCIO, ob. cit. pp. 273 y ss.

[30] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 119; BARROS, ob. cit., p. 36.

4) Clases de ocupación

Dependiendo del tipo de cosa que se ocupe, el Código Civil entrega reglas especiales en la ocupación:

i) Ocupación de cosas *animadas* (caza y pesca, artículos 607 a 623);[31]
ii) Ocupación de cosas *inanimadas* (que comprende o incluye la *invención o hallazgo* y un subtipo de ésta como es el descubrimiento del *tesoro,*[32] artículos 624 a 628);
iii) Ocupación de *especies al parecer perdidas* y *especies náufragas* (artículos 629 a 639);[33]
iv) La *captura bélica* (artículos 640 a 642).

III. LA ACCESIÓN

1) Generalidades y concepto

La accesión se encuentra tratada en el título V del Libro II del Código Civil. El artículo 643 define accesión.

> **Art. 643:** *"La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles"*.

De la propia definición legal de accesión, surge la más importante clasificación para nuestro Derecho: **accesión de frutos**, discreta o por producción (*modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce*), y la **accesión propiamente tal**, continua o por unión (*modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que se junta a ella*).

Se dice que sólo la accesión continua o por unión, constituiría en realidad accesión, puesto que la discreta, de frutos o por producción no sería más que una extensión del dominio, esto es, *el ejercicio de la facultad de goce.* En efecto, la doctrina francesa, al referirse a la accesión, sólo la enfoca respecto de la accesión por unión.[34]

---

[31] Este tipo de ocupación es interesante porque clasifica los animales en bravíos, domésticos y domesticados. Véase el artículo 2.327.

[32] Véanse también los artículos 786 y 1.731.

[33] El artículo 448 del Código Penal sanciona el *hurto de hallazgo.*

[34] Planiol y Ripert: *"Se llama accesión, al derecho en virtud del cual el propietario de una cosa adquiere la propiedad de todo lo que natural o artificialmente se une o*

Esta temática, ha generado discusión respecto de la naturaleza jurídica de la accesión, negándole algunos autores la calidad de *modo de adquirir* a la accesión de frutos.[35]

2) Características de la accesión

Se trata de un modo de adquirir originario, entre vivos, a título gratuito y singular. Es también, un hecho jurídico.

3) Sujeto y objeto en la accesión

En cuanto a los sujetos no existen limitaciones, vale decir, cualquier dueño puede adquirir por accesión.

En cuanto al objeto, este modo de adquirir es sólo aplicable a las **cosas corporales** (muebles o inmuebles).[36]

4) Clases de accesión

Como señalamos, ya la definición legal de accesión (art. 643) clasifica la misma en accesión de frutos y accesión por unión o continua. Esta última, se subdivide en accesiones de suelo o de inmueble a inmueble (aluvión, avulsión, mutación del álveo de un río, división de un río en dos brazos, y formación de nueva isla), accesiones de mueble a mueble (adjunción, especificación y mezcla), y accesión de mueble a inmueble o industrial (edificación y plantación o siembra). A cada una de ellas, nos referiremos brevemente a continuación.

5). Accesión de frutos o discreta

5.1) Generalidades y concepto

El § 1 del título V del Libro II (arts. 644 a 648) se refieren a la accesión de frutos.

incorpora a su cosa" (ob. cit., p. 481); Colin y Capitant: *"La accesión es la unión, la incorporación material de una cosa a otra más importante (...) cuando este hecho se realiza el propietario de la cosa principal adquiere la propiedad de la cosa accesoria. Accesio cedit principali"* (ob. cit., p. 614).

[35] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., 170.

[36] Ibid. p. 171.

Sin perjuicio que el Código Civil considera a este tipo de accesión como modo de adquirir, ya señalamos que algunos autores sostienen que se trataría más bien del ejercicio de la *facultad de goce* que tiene todo dueño.

La accesión de frutos, discreta o por producción, consiste en aquel modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce (art. 643 primera parte).

5.2) Frutos y Productos

La parte final del artículo 643, señala que *los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.* El Código, confundiría aquí los conceptos de productos y frutos, haciéndolos sinónimos.[37]

En doctrina sin embargo, existe diferencia entre ambos conceptos.[38] *Frutos,* son los rendimientos periódicos de la cosa, cuyo aprovechamiento no altera la sustancia de ésta (la fruta y flores de los árboles). *Productos,* son los rendimientos que no se producen periódicamente, y que implican alterar la sustancia de la cosa (las piedras de una cantera).

Ya expresamos que, de acuerdo a lo señalado en la parte final del artículo 643, los conceptos de fruto y producto serían sinónimos.[39] Sin embargo, y a propósito de la remuneración de los guardadores,[40] el artículo 537 se acerca más a la diferenciación doctrinaria entre fruto y producto.[41]

---

[37] La Corte Suprema, en un fallo del año 1917, expresó que la noción de producto, queda comprendida dentro del concepto de fruto (... *el caliche es fruto minero...).* Rep., p. 84.

[38] BARROS, ob. cit. pp. 22 y ss.

[39] De las normas referentes al usufructo (arts. 783 y 784) se entiende que el goce se extiende a los productos. BARROS, ob. cit., p. 22.

[40] El inciso primero del artículo 526 dispone que el tutor o curador tendrá, en general, en recompensa de su trabajo la **décima parte de los frutos** de aquellos bienes de su pupilo que administra.

[41] El artículo 537 señala que en general, no se contarán entre los frutos de que debe deducirse la décima, las materias que separadas **no renacen**, ni aquellas cuya separación deteriora el fundo **o disminuye su valor**. Por consiguiente, no se contará entre los frutos la leña o madera que se vende, cuando el corte no se hace con la regularidad necesaria para que se conserven en un ser los bosques y arbolados.

5.3) Clasificación de los frutos

Los frutos se clasifican en naturales y civiles.[42] Los frutos naturales a su vez, se subclasifican en frutos naturales propiamente tales y frutos artificiales o industriales.

5.4) Frutos naturales

El artículo 644 expresa que se llaman frutos naturales *los que da la naturaleza* ayudada o no de la industria humana. Esta norma entrega un concepto de fruto natural y su subclasificación en *propiamente tal* (v. gr., la uva) y *frutos industriales o artificiales* (v. gr., el vino).

El artículo 645 vuelve a subclasificar los frutos naturales bajo otro criterio. Los frutos naturales se llaman **pendientes**[43] mientras que adhieren todavía a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas. Frutos naturales **percibidos** son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen **consumidos** cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado. Esta subclasificación tiene importancia respecto de la adquisición de los frutos por parte de terceros, particularmente en relación con el **artículo 685** que se analizará al estudiar la tradición.

5.5) Frutos civiles

El Código Civil no define fruto civil,[44] sólo señala ejemplos en el artículo 647.[45] Los frutos civiles son las utilidades o rendimientos que se obtienen de una cosa como equivalente del uso o goce

[42] Esta clasificación tiene importancia (entre otras materias), para determinar cómo se devengan los frutos. En el usufructo, los frutos civiles se devengan día por día, artículo 790.

[43] Recuérdese la clasificación de **muebles por anticipación** art. 571. Esta norma debe relacionársela con la del inciso final del artículo 1.801.

[44] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 123.

[45] **Art. 647:** Se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles (*mutuo*), o impuestos a fondo perdido (*renta vitalicia*). Los frutos civiles se llaman **pendientes** mientras se deben; y **percibidos**, desde que se cobran. (Esta última afirmación no es exacta, ya que serán percibidos aquellos frutos que se *paguen*.

que de ella se proporciona a un tercero, a través de un acto jurídico.[46]

El ejemplo clásico de fruto civil, es la *renta* para el dueño de la cosa arrendada, también el interés en el mutuo de dinero, mas no el reajuste.[47]

5.6) De quién pueden ser los frutos

Los artículos 646 y 648 establecen que los frutos (naturales y civiles) pertenecen al dueño de la cosa que los produce.

> **Art. 646:** *"Los frutos naturales de una cosa pertenecen al dueño de ella;*[48] *sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario.*
>
> *Así los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra.*
>
> *Así también las pieles, lana, astas, leche, cría, y demás productos de los animales, pertenecen al dueño de éstos".*
>
> **Art. 648:** *"Los frutos civiles pertenecen también al dueño de la cosa de que provienen, de la misma manera y con la misma limitación que los naturales".*

Como señala el mismo artículo 646, existen casos en que los frutos no son del dueño de la cosa que los produce, sino que de un tercero, ya sea por disposición de la Ley, o bien por el hecho voluntario del propietario.

i) Casos en que, por disposición de la Ley, los frutos no son del dueño:
   - El titular de la **patria potestad** (art. 243), tiene el **derecho legal de goce** sobre los bienes del hijo no emancipado (arts. 250, 252);

---

[46] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 174.

[47] Vid. Ley Nº 18.010.

[48] Conforme el artículo 943, **los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol**; el cual, sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con permiso del dueño del suelo, estando cerrado el terreno. El dueño del terreno será obligado a conceder este permiso; pero sólo en días y horas oportunas, de que no le resulte daño.

- El **poseedor de buena fe**, en las prestaciones mutuas (art. 907);
- Frutos de los bienes propios de cada cónyuge, que ingresan al **haber absoluto de la sociedad conyugal** (art. 1.725 Nº 2), derecho legal de goce del marido (art. 1.753).

ii) Casos en que, por voluntad del dueño se desprende de los frutos:
- Usufructo (arts. 764 y ss.);
- Anticresis (arts. 2.435 y ss.).

De esta suerte, los frutos (y productos), se adquieren (para el dueño) por ser parte del ejercicio de su **facultad de goce** (o si se quiere por accesión de frutos); en los casos citados de los artículos 252, 907, 1.725 Nº 2, 1.735, el modo de adquirir será la Ley; y en el caso del artículo 685, el modo será la tradición.

6) ACCESIÓN PROPIAMENTE TAL O CONTINUA[49]

Ya señalamos, que este tipo de accesión es (aunque suene redundante) una verdadera accesión, por ello se le llama "propiamente tal". Se define (conforme el artículo 643) como un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo (...) **de lo que se junta a ella**. La accesión continua o por unión, se encuentra reglamentada en el título V, párrafos 2, 3 y 4 del Libro II del Código. Ésta además, se subdivide en las siguientes:

i) Accesiones de suelo (o de inmueble a inmueble);
ii) Accesiones de mueble a mueble; y
iii) Accesión industrial (o de mueble a inmueble).

En los números que siguen analizaremos, muy brevemente, cada una de ellas.

6.1) Accesiones de suelo (o de inmueble a inmueble)

El Código contempla cinco formas de accesiones de suelo:

i) Aluvión (arts. 649 a 651);
ii) Avulsión (art. 652);
iii) Mutación del curso de un río (art. 654);

[49] BARROS B., ENRIQUE, ob. cit., p. 41 y ss.

iv) División de un río en dos brazos (art. 655); y
v) Formación de una nueva isla (arts. 597, 656).

a) Aluvión: se refiere a las tierras que quedan al descubierto cuando las aguas se retiran lenta e imperceptiblemente, y de forma definitiva. Estas tierras son adquiridas por los propietarios riberanos.

Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de la mar o de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas (art. 649). El terreno de aluvión accede a las heredades riberanas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá al Estado. El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas **periódicas**, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas (art. 650). Siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcación, se corten una a otra antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accederá a las dos heredades laterales; una línea recta que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intersección hasta el agua, será la línea divisoria entre las dos heredades (art. 651)

b) Avulsión: tiene lugar cuando una avenida u otra fuerza natural violenta, desplaza alguna parte de un terreno y se adhiere a otra, de distinto dueño.

Sobre la parte del suelo que por una avenida o por otra fuerza natural violenta es transportada de un sitio a otro, conserva el dueño su dominio, para el solo efecto de llevársela; pero si no la reclama dentro del subsiguiente año, la hará suya el dueño del sitio a que fue transportada (652).[50]

c) Mutación del álveo o curso del río: se refiere a los terrenos que deja al descubierto un río al modificar su cauce. Si un río varía de curso, podrán los propietarios riberanos, con permiso

[50] Aunque volveremos sobre el punto al tratar la *interrupción natural de la prescripción*, la inundación (contenida en el artículo 653) es un ejemplo de interrupción natural de la prescripción, por pérdida de la posesión: Si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños (art. 653), en cambio, si pasan más de cinco años, pierde el dominio (y obviamente la posesión), y sólo lo podrá volver a adquirir por accesión de suelo (aluvión) si es que las aguas se lo devuelven.

de autoridad competente, hacer las obras necesarias para restituir las aguas a su acostumbrado cauce; y la parte de éste que **permanentemente quedare en seco**, **accederá a las heredades contiguas, como el terreno de aluvión en el caso del artículo 650**. Concurriendo los riberanos de un lado con los del otro, una línea longitudinal dividirá el nuevo terreno en dos partes iguales; y cada una de éstas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del mismo artículo (654).

d) División de un río en dos brazos: si un río se divide en dos brazos, que no vuelven después a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas accederán a las heredades contiguas, como en el caso de mutación del cauce de un río (art. 655).

e) Formación de una nueva isla: esta materia, tiene relación con los artículos 597 y 656. El primero de ellos, señala que las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado (art. 597).

El segundo (art. 656) expresa:

Acerca de las nuevas islas que no hayan de pertenecer al Estado según el artículo 597, se observarán las reglas siguientes:

i) La nueva isla se mirará como parte del cauce o lecho, mientras fuere ocupada y desocupada alternativamente por las aguas en sus creces y bajas periódicas, y no accederá entre tanto a las heredades riberanas;

ii) La nueva isla formada por un río que se abre en dos brazos que vuelven después a juntarse, no altera el anterior dominio de los terrenos comprendidos en ella; pero el nuevo terreno descubierto por el río accederá a las heredades contiguas, como en el caso del artículo 654;

iii) La nueva isla que se forme en el cauce de un río, accederá a las heredades de aquella de las dos riberas a que estuviere más cercana toda la isla; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella.

Si toda la isla no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra, accederá a las heredades de ambas riberas;

correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella.

Las partes de la isla que en virtud de estas disposiciones correspondieren a dos o más heredades, se dividirán en partes iguales entre las heredades comuneras.

iv) Para la distribución de una nueva isla, se prescindirá enteramente de la isla o islas que hayan preexistido a ella; y la nueva isla accederá a las heredades riberanas como si ella sola existiese.

v) Los dueños de una isla formada por el río adquieren el dominio de todo lo que por aluvión acceda a ella, cualquiera que sea la ribera de que diste menos el nuevo terreno abandonado por las aguas

vi) A la nueva isla que se forme en un lago se aplicará el inciso segundo de la regla tercera precedente; pero no tendrán parte en la división del terreno formado por las aguas las heredades cuya menor distancia de la isla exceda a la mitad del diámetro de ésta, medido en la dirección de esa misma distancia.

6.2) Accesión de mueble a mueble

Existen tres tipos de accesión de mueble a mueble:

i) La adjunción (arts. 657 a 661);
ii) La especificación (art. 662); y
iii) La mezcla (art. 663).

a) Adjunción: La adjunción es una especie de accesión, y se verifica cuando dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños se juntan una a otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separada; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra, o en un marco ajeno se pone un espejo propio (art. 657).

En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, **el dominio de lo accesorio accederá al dominio de lo principal**, con el gravamen de pagar al dueño de la parte accesoria su valor (art. 658).

Si de las dos cosas unidas, la una es de mucho más **estimación** que la otra, la primera se mirará como lo principal y la segunda como lo accesorio. Se mirará como de más estimación la cosa que

tuviere para su dueño un **gran valor de afección**[51] (art. 659). Si no hubiere tanta diferencia en la estimación, aquella de las dos cosas que sirva para el uso, ornato o **complemento de la otra**, se tendrá por accesoria (art. 660).En los casos a que no pudiere aplicarse ninguna de las reglas precedentes, se mirará como principal **lo de más volumen** (art. 661).

b) Especificación: El Código Civil señala que este tipo de accesión, se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave (art. 662 inc. 1º).[52]

No habiendo conocimiento del hecho (de la especificación) por una parte, ni mala fe por otra, el dueño de la materia tendrá derecho a reclamar la nueva especie, pagando la hechura. A menos que en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua; pues en este caso la nueva especie pertenecerá al especificante, y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios (art. 662 incs. 2º y 3º).

Si la materia del artefacto es, en parte, ajena, y, en parte, propia del que la hizo o mandó hacer, y las dos partes no pueden separarse sin inconveniente, la especie pertenecerá en común a los dos propietarios; al uno a prorrata del valor de su materia, y al otro a prorrata del valor de la suya y de la hechura (662 inc. final).

c) Mezcla: Si se forma una cosa por mezcla de materias áridas (sólidas) o líquidas, pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños proindiviso (en comunidad), a prorrata (en proporción o porcentaje) del valor de la materia que a cada uno pertenezca. A menos que el valor de

---

[51] La norma del artículo 659 debe relacionársela con la del artículo 393, referente a la administración de los guardadores (tutores y curadores) que señala: *"No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan* ***valor de afección****; ni podrá el juez autorizar esos actos, sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta".*

[52] Aquí nace una *nova specie.*

la materia perteneciente a uno de ellos fuere considerablemente superior, pues en tal caso el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante (art. 663).[53]

Además de las normas ya mencionadas, los artículos 664 a 667 entregan reglas comunes a la adjunción, la especificación y la mezcla:[54]

En todos los casos en que al dueño de una de las dos materias unidas no sea fácil reemplazarla por otra de la misma calidad, valor y aptitud, y pueda la primera separarse sin deterioro de lo demás, el dueño de ella, sin cuyo conocimiento se haya hecho la unión, podrá pedir su separación y entrega, a costa del que hizo uso de ella (art. 664).

En todos los casos en que el dueño de una materia de que se ha hecho uso sin su conocimiento, tenga derecho a la propiedad de la cosa en que ha sido empleada, lo tendrá igualmente para pedir que en lugar de dicha materia se le restituya otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud, o su valor en dinero (art. 665).

El que haya tenido conocimiento del uso que de una materia suya se hacía por otra persona, se presumirá haberlo consentido y sólo tendrá derecho a su valor (art. 666).

El que haya hecho uso de una materia ajena sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas. Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en el precedente inciso; salvo que se haya procedido a sabiendas (art. 667).

[53] La mezcla es la unión de dos o más cuerpos, sólidos o líquidos, que se compenetran o confunden en el conjunto, **dejando de ser distintos y reconocibles**. Esta última característica diferencia a la mezcla de la adjunción en la cual las cosas están simplemente unidas, continuando distintas y reconocibles. Por otra parte, la mezcla se diferencia de la especificación en que la primera supone confusión de dos sustancias, y la especificación implica la presencia de una sola sustancia, que se transforma por obra del trabajo humano. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 190.

[54] El principio base que está detrás de estas normas es el de **proscripción del enriquecimiento ilícito o sin causa**.

6.3) Accesión de mueble a inmueble (o accesión industrial)[55]

Este tipo de accesión, se refiere a dos hipótesis: la *edificación* y la *plantación o siembra*, ambas sometidas a las mismas reglas. Los problemas se presentan, y el modo de adquirir accesión opera, cuando se construye, planta o siembra con materiales o semillas que pertenecen a persona distinta del dueño del suelo.

Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su **justo precio**,[56] u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud. Si por su parte no hubo justa causa de error, será obligado al resarcimiento de perjuicios, y si ha procedido a sabiendas, quedará también sujeto a la acción criminal competente; pero si el dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que se hacía de ellos, sólo tiene derecho al valor de las cosas, o a ser restituido en especies de igual naturaleza, calidad y aptitud. La misma regla se aplica al que planta o siembra en suelo propio vegetales o semillas ajenas. Mientras los materiales no están incorporados en la construcción o los vegetales arraigados en el suelo, podrá reclamarlos el dueño (art. 668).

El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá el derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación (**prestaciones mutuas**),[57] o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios. Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera (art. 669).

---

[55] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 126.

[56] El Código se refiere también al **justo precio**, en la **rescisión por lesión enorme** en la **compraventa de inmuebles**. Véase el art. 1.889.

[57] Arts. 904 y ss.

VI. LA TRADICIÓN

1) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de efectuar el estudio de la tradición como **modo de adquirir el dominio** (o tradición dominical), debemos efectuar las siguientes precisiones o consideraciones preliminares:

1.1) En cuanto a las variantes jurídicas de la voz tradición en el Código Civil

En nuestro Derecho, la tradición puede analizarse desde los siguientes puntos de vista:

i) *Como* ***modo de adquirir*** *el dominio* (los demás derechos reales, y también los personales). Ésta, es la faceta de la tradición que se estudia en este capítulo dedicado a los modos de adquirir el dominio;

ii) *Como (título posesorio o) como modo de adquirir la* ***posesión***.[58] Como señala don Victorio Pescio V., la tradición desempeña en la práctica, el medio ordinario y más frecuente de adquirir la posesión. Esta variante se estudiará en el capítulo dedicado a la posesión.

iii) *Como modo de extinguir (****pago****), en las obligaciones de dar.* Esta temática se estudiará tanto en la clasificación de las obligaciones, cuanto en el pago mismo, en la segunda parte del presente curso: obligaciones;[59] y

iv) *Como* ***forma de perfeccionar*** *ciertos contratos reales* (v. gr., el mutuo).[60] Esta materia se analiza en la clasificación de los contratos y al tratar el mutuo en el capítulo dedicado a las fuentes de las obligaciones.[61]

Como ya señalamos, en esta parte del curso, sólo nos referiremos a la tradición dominical.

---

[58] PESCIO V., VICTORIO, *Manual de Derecho Civil. Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, pp. 286 y ss.

[59] ABELIUK M., RENÉ, *De las obligaciones*, (...) pp. 385, 245.

[60] Vid. NAVARRO A., RENÉ, *"Teoría General de los contratos y contratos en particular"*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2005, pp. 47, 255.

[61] Recuérdese también que, conforme a la *teoría de la causa final*, estudiada en el capítulo **hechos y actos jurídicos**, la **tradición** es la causa final en el mutuo, habida consideración a que en los contratos **reales** su "causa final" es su forma de perfeccionamiento. VIAL, ob. cit., p. 193.

1.2) En cuanto a la diferencia entre tradición y entrega

Cuestión fundamental es no confundir la tradición con la simple entrega.[62] Al verificarse una *simple entrega*, no hay traspaso del dominio, es (en principio) sólo una cuestión fáctica, que se traduce en un traspaso material. Piénsese en el *comodato* o préstamo de *uso*, tantas veces citado como ejemplo de contrato real ¿es necesario *hacer dueño* al comodatario para que use la cosa? La respuesta es negativa, puesto que basta con una *simple entrega* para lograr el objetivo deseado en el comodato. En cambio, en el *mutuo* o préstamo de *consumo* ocurre lo contrario: allí sí que es menester *hacer dueño* al mutuario (es necesario hacerle *tradición*) para que pueda consumir la cosa dada en mutuo, ya que sólo el dueño tiene facultad de disposición. Piénsese también en el *contrato de arrendamiento de cosas*[63] ¿es indispensable *hacer dueño* al arrendatario de la cosa arrendada?

1.3) En cuanto a la necesidad de la dualidad título-modo en la tradición

Ya expresamos anteriormente que, en nuestro sistema opera el modelo *título-modo de adquirir*, y particularmente respecto del modo de adquirir **tradición**, ningún sector de la doctrina discute su aplicación,[64] esto es, en la tradición es indispensable que vaya precedida de una **causa remota de adquisición**, y ésta será el *título*[65] *translaticio de dominio.*

> **Art. 675 inc. 1º:** *"Para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc".*

[62] Aunque la tradición *consista* en la entrega, y aunque a veces el C.C. confunda los términos v. gr., arts. 1.443, 2.174.

[63] Clásico ejemplo de título de **mera tenencia**.

[64] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de los derechos reales*, ob. cit., p. 138 y ss.

[65] En la doctrina y legislación nacional, la voz título tiene diversas acepciones. Una primera y más general, como sinónimo de *fuente* o *causa*; una segunda (y que es la que ocupamos en esta parte del trabajo) como sinónimo de **contrato** (o acto jurídico que sirve de causa remota de adquisición); una tercera, como sinónimo de *documento* o *papel* en donde consta un crédito. Vid. NAVARRO, *"Teoría general de los contratos …"*, ob. cit., p. 170. Veremos más adelante en este trabajo, que en **posesión**, la voz título tiene otra acepción: **título y justo título en materia posesoria**.

1.4) Sólo los títulos translaticios de dominio caben dentro de la dualidad señalada precedentemente

En efecto, y en íntima vinculación con el punto anterior, sólo los *títulos translaticios* caben dentro de la dualidad *título-modo* del sistema chileno de adquisición del dominio; de esta manera –y por una razón lógica– quedan excluidos los *títulos de mera tenencia*. **Título translaticio de dominio**, es aquel que sirve de antecedente para una posterior transferencia del dominio (v. gr., contratos de compraventa, donación, permuta, aporte en sociedad, etc.). **Título de mera tenencia**, es aquel que no importa una posterior transferencia del dominio, sino una simple entrega, transformando al que recibe en un **mero tenedor de la cosa**: Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño.

> **Art. 714:** *"Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".*

2) Concepto legal de tradición

El artículo 670, que encabeza el título VI del Libro II que está dedicado a la tradición, la define legalmente:

> **Art. 670:** "*La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.*
>
> *Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".*

3) Análisis del concepto legal de tradición[66]

"La tradición es un modo de adquirir el dominio (...)" El artículo 670, está solamente referido a la tradición en su faceta de modo de adquirir el dominio (tradición dominical);

---

[66] BARRIENTOS G., Javier *"De la tradición y su definición en el Código Civil chileno"*, en Revista Chilena de Derecho Privado: Fernando Fueyo L., Santiago, Nº 1, año 2003, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo.

"(…) de las cosas (…)" Cuando el legislador no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo, ergo se traditan tanto cosas corporales como incorporales (arts. 670, 699);

"(…) y consiste en la entrega (…)" La tradición toma su consistencia del hecho de la entrega. Siempre que hay tradición, hay entrega. La base de la tradición se encuentra en el *dato fáctico* de la entrega, mas no siempre que hay entrega existe tradición. Lo que caracteriza a la tradición es la entrega efectiva de la cosa;

"(…) que el dueño hace de ellas a otro, (…)" Para que la tradición sea modo de adquirir, es menester que el tradente sea **dueño**, vale decir, titular del derecho que transfiere.

Es la condición de dueño de la cosa entregada, una circunstancia calificatoria de la tradición en cuanto modo de adquirir. Ésta, refleja el principio que *nadie puede transferir a otro más derecho que el tenido por él,*[67] o dicho en términos más simples: nadie puede transferir más derechos de los que tiene. De ahí que, es menester que el tradente sea efectivamente dueño, para estar en presencia de la tradición dominical o tradición-modo de adquirir.

Si la entrega de la cosa no es realizada por el dueño (o quien legal o convencionalmente lo represente), no se está en presencia de una tradición dominical. La venta de cosa ajena vale (art. 1.815), pero su posterior entrega no puede constituir *modo de adquirir el dominio*, sólo configurará un *título posesorio* que lo habilitará para ganar más tarde (y cumpliendo los demás requisitos legales) el dominio por **prescripción adquisitiva (o usucapión)**.

"(…) habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, (…)" se establece aquí una doble exigencia para el **tradente**:[68] i). Que tenga **facultad** de transferir el dominio; y ii). Que tenga **intención** de transferir el dominio. Ambos, son requisitos copulativos.

i) *Facultad de transferir el dominio*: equivale a facultad de enajenar por sí mismo, vale decir, equivale a **capacidad de ejercicio.**

---

[67] *"Nemo plus iuris ad alium tranferre potest quam ipse habet"*. BARRIENTOS, ob. cit., p. 69.

[68] Se llama **tradente** la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre (art. 671).

ii) *Intención de transferir el dominio:* tal intención existe, cuando la precede un *título translaticio de dominio* lógicamente conectado con la tradición. La entrega (en que consiste la tradición) está jurídicamente conectada con su causa remota, vale decir, con el título translaticio de dominio. Jamás estará presente esta intención en la entrega, si el título que la precede es un *título de mera tenencia*, v. gr., el arrendamiento. Como señala Barros,[69] lo que evidencia la **intención** de transferir la propiedad es el **título**, el contrato que antecede a la tradición, que debe ser translaticio de dominio.

"(…) y por otra la capacidad e intención de adquirirlo". Esta "otra" parte es el **adquirente**.[70] Éste, también tiene una doble exigencia: i). Que tenga **capacidad** de adquirir el dominio; y ii). Que tenga **intención** de adquirir el dominio. Ambos también son requisitos copulativos:

i) *Capacidad de adquirir el dominio*: para que la tradición opere como modo de adquirir es menester que el adquirente tenga **capacidad de goce**.[71] Quedan excluidos entonces, los casos excepcionalísimos de *incapacidades de goce*, y tampoco podrían adquirir aquellas *entidades* que no gozan de personalidad jurídica.

ii) *Intención de adquirir el dominio:* al igual que en el caso del tradente, en el adquirente lo que evidencia la **intención** de transferir la propiedad es el **título translaticio de dominio**, vale decir, el contrato que antecede a la tradición.

4) Características de la tradición

La tradición es un modo de adquirir el dominio por acto **entre vivos** y un modo de adquirir **derivativo**. Dependiendo del título translaticio de dominio, puede ser: **a título gratuito** (v. gr., donación) o **a título oneroso** (compraventa, permuta, etc.); dependiendo de la cosa que se tradita puede ser: **a título singular** (regla general) o **a título universal** (en el caso de la cesión –tradición– del derecho real de herencia).

[69] Barros, ob. cit., p. 48.

[70] **Adquirente** (es) la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre (art. 671).

[71] Vid. Navarro A., René, *"Manual de Derecho Civil Fuentes (…)*, ob. cit., p. 126.

Caracteriza también a la tradición, la circunstancia de ser el único modo de adquirir que es una **convención**, vale decir, un **acto jurídico bilateral**. Recordemos que los actos jurídicos creaban, modificaban o extinguían obligaciones; este acto jurídico bilateral o convención llamado tradición, *extingue obligaciones*, porque es también pago; no es contrato, pero sí es un acto jurídico bilateral o convención.[72]

5) Sujetos en la tradición

5.1) Consentimiento de las partes

Como la tradición es un acto jurídico bilateral o **convención**, nace a la vida del Derecho gracias a la concurrencia de las voluntades de las partes, que en la tradición se denominan: **tradente** y **adquirente**. A ellos se refiere el inciso primero del artículo 671: *"Se llama tradente la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre, y adquirente la persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre"*.

Ya expresamos, al realizar el análisis del concepto legal de tradición contenido en el artículo 670, que el tradente debe tener *facultad* e *intención* de transferir el dominio y el adquirente, debe tener *capacidad* e *intención* de adquirir el dominio.

Siguiendo las reglas generales, **ambos pueden ser representados**. Si son incapaces, por sus representantes legales, si son plenamente capaces por sus representantes convencionales o mandatarios: *"Pueden entregar y recibir a nombre del dueño sus mandatarios, o sus representantes legales"* (art. 671 inc. 2º).[73] La tradición hecha por o a un mandatario debidamente autorizado, se entiende hecha por o a el respectivo mandante (art. 671 inc. final).

Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por **el tradente o por su representante**. Una tradición que al prin-

[72] La tradición es un acto jurídico de **disposición**. Por actos de disposición se entienden todos aquellos que importan una inmediata **disminución** (del contenido) del patrimonio para el tradente. Es también un **acto de atribución patrimonial**, vale decir, un acto que desplaza el derecho del patrimonio de un sujeto (tradente) al patrimonio de otro (adquirente). ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 193.

[73] Conforme el artículo 254 no se podrán **enajenar** ni gravar en caso alguno los bienes raíces del hijo (**sujeto a patria potestad**), aun pertenecientes a su peculio profesional o industrial, ni sus derechos hereditarios, sin **autorización del juez con conocimiento de causa**.

cipio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño (art. 672).

La tradición, para que sea válida, requiere también el consentimiento del **adquirente o de su representante**. Pero la tradición que en su principio fue inválida por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación (art. 673).

Para que sea válida la tradición en que intervienen mandatarios o representantes legales, se requiere además que éstos obren **dentro de los límites de su mandato o de su representación legal** (art. 674).

En las **ventas forzadas** que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el **juez su representante legal** (art. 671 inc. 3º).[74]

5.2) Vicios del consentimiento

Como en todo acto jurídico, el consentimiento debe ser acertado, libre y espontáneo, vale decir, debe estar exento de vicios (error, fuerza y dolo). Los vicios que puede adolecer la tradición son los generales ya estudiados, sin embargo el Código ha señalado a propósito de la tradición algunas reglas especiales relativas al vicio de error. Este puede recaer en la cosa tradida (arts. 676, 1.452), en la persona (art. 676, 678) o en el título (art. 677).

> **Art. 676:** *"Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en cuanto al título.*
>
> *Si se yerra en el nombre sólo, es válida la tradición".*

[74] Como lo veremos en el capítulo de las obligaciones, **los acreedores tienen la garantía general sobre todos los bienes embargables del deudor** (mal llamado *derecho de prenda general*, contenido en el artículo **2.465**). En este entendido, el deudor (al obligarse) ha consentido *ex ante*, que frente a su incumplimiento el acreedor puede hacer pago de su crédito con **todos** sus bienes embargables. El acreedor iniciará un procedimiento de cobro judicial y llegará hasta las últimas consecuencias, una de las cuales es primero embargar los bienes y luego rematarlos: En las **ventas forzadas** que se hacen por **decreto judicial a petición de un acreedor**, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y **el juez su representante legal** (art. 671 inc. 3º).

Art. 677: *"El error en el título invalida la tradición, sea cuando* ***una sola de las partes*** *supone un título translaticio de dominio, como cuando por una parte se tiene el ánimo de entregar a título de comodato, y por otra se tiene el ánimo de recibir a título de donación, o sea cuando* ***por las dos partes*** *se suponen títulos translaticios de dominio, pero diferentes, como si por una parte se supone mutuo, y por otra donación".*

Art. 678: *"Si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, el error de éstos invalida la tradición".*

6) Objeto en la tradición

Las cosas (bienes) que pueden adquirirse por tradición son las cosas corporales e incorporales (derechos reales y personales). Dijimos ya, que el artículo 670 no distinguía.

7) Necesidad de un título translaticio de dominio (causa remota de adquisición, causa eficiente de la tradición)

Art. 675: *"Para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.*

Se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere. Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges".

En cuanto a la necesidad de un título translaticio de dominio, ya dijimos que el inciso primero del artículo 675 es claro al señalar: *para que valga la tradición se requiere un título translaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.*

Si no está presente este título, cae la tradición. Ya expresamos también que debe ser un título translaticio de dominio, y no uno de mera tenencia.

El artículo 703 inciso segundo ofrece ejemplos de títulos translaticios de dominio: *"Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos".*

El título que antecede a la tradición, debe ser válido en sí y respecto de la persona a quien se confiere. Si el título adolece

de algún vicio de nulidad, la tradición que se haga en virtud de él no transfiere el dominio.[75]

En relación al inciso segundo del artículo 675, la validez respecto de la persona dice referencia con prohibiciones que se imponen a ciertos individuos para celebrar contratos, conocidas como *incapacidades especiales o particulares.*[76] El ejemplo que da el Código en el inciso 2º del artículo 675 se relaciona con la norma del artículo 1.138. Un ejemplo más claro de esta materia, lo constituye el artículo 1.796:

> **Art. 1.796:** *"Es nulo el contrato de compraventa entre cónyuges no separados judicialmente, y entre el padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad".* [77]

8) EFECTOS DE LA TRADICIÓN[78]

Para determinar los efectos de la tradición, es necesario distinguir si el tradente era o no dueño de la cosa tradida:

Si el tradente es dueño, como estamos en presencia de una tradición dominical, en este caso la tradición **transfiere el dominio**, el adquirente se hace dueño. El dominio que tenía el tradente pasa en las mismas condiciones (si la cosa estaba sometida a un gravamen real o condición, pasa con éstos).

Si el tradente no es dueño[79] –y como esta tradición no es dominical– el adquirente **sólo se convertirá en poseedor**. La tradición servirá aquí como antecedente (título) posesorio:

---

[75] ROZAS, ob. cit., p. 169.

[76] BARROS, ob. cit., p. 51.

[77] Artículo sustituido por la Nueva Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947 de fecha 17 de mayo de 2004.

[78] También es importante tener presente los efectos de la tradición, cuando es analizada como **"pago"** en las obligaciones de dar. Enrique Barros B., señala que en cuanto a los efectos de la tradición como medio de pago, es preciso distinguir: i) **Si el tradente es dueño del bien**: siendo exigible una obligación de dar, el acreedor puede exigir la tradición, a menos que intervenga decreto judicial (art. 681). El pago hecho al acreedor es nulo si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener su pago (art. 1.578 Nº 2); ii) **Si el tradente no era dueño del bien**: existen dos posiciones al respecto. La primera, propone que las obligaciones de dar se cumplirían constituyendo al acreedor en poseedor pacífico. La segunda postura (basada en el art. 1.575 inc. 1º) establece que una obligación de dar sólo se cumple transfiriendo el dominio, y el pago realizado por alguien que no es dueño del bien podría ser anulado (ob. cit., p. 54).

[79] *Traditio non domino.*

Art. 683: *"La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".*

Es preciso aquí, referirnos a la hipótesis regulada en el **artículo 682 inciso segundo**: si el tradente (no siendo dueño) adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición. Este inciso, es concordante con el inciso primero del artículo 1.819, el cual señala que vendida y entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición.

Ahora si el tradente no es dueño, pero tiene otros derechos reales sobre la cosa, se aplica el **inciso primero del artículo 682**: *"Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".*[80]

9) Época para exigir la tradición

9.1) Regla general y excepciones

A este efecto, debemos distinguir una regla general, y excepciones:

Regla general: la regla general será, que la tradición se verifique *inmediatamente* después de celebrado el contrato, conforme la primera parte del artículo 681:

Art. 681: *"Se puede pedir la tradición de todo aquello que se deba, desde que no haya plazo pendiente para su pago; (...)"*

En otras palabras, lo ordinario es que la tradición sea un **acto puro y simple**, en que el dominio se adquiere inmediatamente.

Excepciones: como toda regla general, la anterior no es la excepción, y por lo mismo debemos pasar revista a los siguientes casos excepcionales:

– *Cuando el título es condicional*, no puede exigirse la tradición, mientras no se cumpla la condición;
– *Si existe plazo pendiente*, es menester esperar que se cumpla el término;

[80] A esta norma hay que darle sentido *contrario sensu.*

- *Cuando ha intervenido decreto judicial* (segunda parte del artículo 681: *"salvo que intervenga decreto judicial en contrario"*), vale decir, cuando se ha retenido o embargado la cosa que debe tradirse, el tradente no puede efectuar la entrega (arts. 681, 1.578, 1.464);
- *Tradición sujeta a modalidades*, esta situación, merece un análisis especial que se hace en los próximos acápites.

9.2) Tradición sujeta a modalidades.

Para estudiar esta materia, debemos referirnos al estudio de ambos incisos del artículo 680.

9.2.1) Inciso primero del artículo 680:

"La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese".

Tradición bajo condición resolutoria. La condición resolutoria que afecta a la tradición, existe en el título translaticio de dominio que ha precedido a la tradición. De esta suerte, si se verifica la condición el adquirente pierde el dominio.

Conforme la doctrina,[81] existe una controversia, respecto de si la *condición resolutoria tácita* (art. 1.489) afecta a la tradición. Don Ruperto Bahamonde, señala que no, apoyándose en el tenor literal de la parte final del inciso primero artículo 681 *"(...) con tal que se exprese"*. Don Arturo Alessandri Rodríguez, señala que sí es posible, toda vez que si cae el título (por resolución judicial del contrato) caerá también la tradición.

Tradición bajo condición suspensiva.[82] El caso de la condición suspensiva es más bien teórico (y de poca aplicación), porque la tradición se hace después de cumplida la condición. Sin embargo, el inciso primero del 680 se pone en el caso que se entregue con anterioridad la cosa al sujeto, y entonces, una vez cumplida la condición, recién el adquirente pasa a ser dueño (de pleno derecho), sin necesidad de tradición, ya que ésta se ha efectuado anticipadamente.

---

[81] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 210.

[82] Ibid.

9.2.2) Inciso segundo del artículo 680 (Pacto de reserva de dominio):

"Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida, aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición".

Existe una aparente antinomia entre la norma recién citada y la contenida en el artículo 1.874:

"La cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio".

Esta temática se refiere al **pacto de reserva de dominio** o cláusula de no transferirse el dominio sino por el pago del precio.[83]

Los proyectos de Código Civil siguieron las concepciones del Derecho Romano en que se consideraba que cuando el título que servía de base a la tradición, era la compraventa, la tradición quedaba sujeta a la condición tácita de pagarse el precio, y el dominio no se transfería mientras no fuera éste pagado, salvo que se expresare otra cosa.

Este sistema romano fue dejado de lado en el proyecto definitivo que se convirtió en Ley en 1855 y expresamente el artículo 680 señaló el sistema contrario.

La condición tácita de la paga del precio del Derecho Romano para transferir el dominio fue abolida y con arreglo al inciso segundo del artículo 680, era necesario establecerla en forma expresa.

Sin embargo, el artículo 1.874 entraría en clara contradicción con el artículo recién señalado, y le atribuye a la cláusula de no transferir el dominio sino por el pago del precio un alcance diferente.

El dominio, pese a la estipulación expresa del inciso segundo del artículo 680, se transfiere de todas maneras al comprador. La falta de pago del precio no impide que se haga dueño, sino

[83] Se vuelve a tocar el tema en el contrato de compraventa que se analiza en tercer año. Véase NAVARRO A., RENÉ, *Teoría General de los contratos (...)*, ob. cit., p. 150.

que otorga al vendedor el derecho a pedir el cumplimiento forzado o la resolución del contrato, con indemnización de perjuicios.[84]

En otras palabras, la cláusula de no transferirse el dominio sino en virtud del pago del precio, no constituye una condición suspensiva, ni hace condicional la transferencia del dominio operada por la tradición: el comprador a pesar de dicha cláusula expresa, adquiere por tradición el dominio, y únicamente este dominio puede resolverse si constituido en mora de pagar el precio el vendedor opta por pedir la resolución del contrato.[85]

Así las cosas, según la opinión mayoritaria, la controversia se resuelve, aplicando el artículo 1.874, porque se *ubica* en el título XXIII del Libro IV dedicado a la compraventa (aplicación del artículo 13). Esto es sólo por su ubicación, mas no por la materia, porque evidentemente la norma del artículo 680 se refiere a la compraventa.[86]

10) FORMAS DE HACER LA TRADICIÓN

Dependiendo de la "cosa" que se tradite, existen diversas especies de tradición, las que agruparemos de la siguiente forma:

- Tradición de cosas corporales muebles;
- Tradición de los derechos reales que recaen sobre inmuebles;
- Tradición del derecho de servidumbre;
- Tradición de los derechos personales;
- Tradición del derecho real de herencia; y
- Tradición de los derechos litigiosos.

A continuación, estudiaremos brevemente cada una de ellas.

---

[84] MEZA B., Ramón *"Fuentes de las obligaciones"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 174

[85] En este caso los terceros poseedores están amparados por las disposiciones de los artículos 1.490 y 1.491, como se estudia en el capítulo De las Obligaciones en general.

[86] BARROS, ob. cit., p. 52.

11) Tradición de cosas corporales muebles

11.1) Artículo 684

Art. 684: *"La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:*

1. *Permitiéndole la aprensión material de una cosa presente;*
2. *Mostrándosela;*
3. *Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa;*
4. *Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido; y*
5. *Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translaticio de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc".*

11.1.1) Formas de tradición que contempla el artículo 684[87]

Sin perjuicio que, los autores[88] no tienen una terminología única y clara para referirse a la materia,[89] subyacen en el artículo 684, dos tipos de tradición de cosas muebles: la tradición material, real o verdadera, y la tradición ficta, figurativa o simbólica.

A) Tradición material o real

La tradición material o real (propiamente tal),[90] consiste en una operación de carácter fáctico y que requiere la presencia física de los sujetos de la tradición frente a la cosa tradida: "*pasándola de mano a mano*".[91]

---

[87] Véase Pescio, ob. cit., pp. 309 a 311; 320 a 322; 330 a 336.

[88] Ni tampoco la historia fidedigna del Código Civil en este punto. En efecto, Véanse los artículos 822, 823 y 825 del proyecto de Código Civil del año 1853, que aparece en la historia del texto originario del artículo 684 actual, en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas del Código Civil, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile.

[89] Pescio, ob. cit., p. 331.

[90] A nuestro juicio la tradición real o verdadera, no estaría expresamente consagrada en el artículo 684. En el mismo sentido Peñailillo, ob. cit., p. 148.

[91] Este "pasar" físicamente la cosa "*de mano a mano*", supone que es de un tamaño y peso que las partes puedan aguantar; por ejemplo (magnificando las

Parte de la doctrina,[92] considera al Nº 1 del artículo 684, esto es, *"Permitiéndole la aprensión material de una cosa presente"*, como una tradición **material** o real. Otros,[93] expresan que el Nº 1 del artículo 684 es un tipo de tradición ficta o simbólica.

B) Tradiciones fictas o simbólicas

Para algunos autores,[94] todos los numerales del artículo 684 (incluido el Nº 1) son tradiciones fictas o simbólicas, puesto que no constituyen un traspaso "de mano a mano". Para otros,[95] sólo son fictas desde el Nº 2 del citado artículo. No obstante la discusión, éstas se clasifican en:

– *Tradiciones simbólicas propiamente tales;*
– *Traditio longa manu;*
– *Traditio brevi manu;*
– *Constituto posesorio.*

i) Tradiciones simbólicas propiamente tales: son las contenidas en el Nº 3[96] del artículo 684: *"Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa"*; y en el Nº 4 *"Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido"*.

ii) Traditio longa manu: es la contenida en el Nº 2 *"Mostrándosela"*, también llamada *ocullis et affectu.*

iii) Traditio brevi manu: este tipo de tradición, se encuentra en la primera parte del Nº 5 del artículo 684: *"Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translaticio de dominio(...)"*.

cosas), no podrían hacer aquello si el objeto sobre que recae la tradición es un elefante.

[92] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 212; BARROS B., ob. cit., p. 54.

[93] Como Daniel Peñailillo Arévalo, apoyándose en Alfredo Barros Errázuriz y en José Clemente Fabres, ob. cit., p. 149.

[94] Ibid. ob. cit., pp. 149 y ss.

[95] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit. P. 212; BARROS, ob. cit., p. 54.

[96] Ésta sería para algunos "la" tradición simbólica por excelencia, por la utilización del símbolo "llave".

En términos sencillos, quien *fue* mero tenedor, pasa a ser dueño; por ejemplo, el arrendatario del notebook, lo compra.[97]

iv) *Constituto posesorio:* este tipo de tradición ficta o figurativa, está contenida en la segunda parte del Nº 5 del artículo 684: *"por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc."*. Esta tradición se verifica por *el mero contrato*[98] en donde el que *fue* dueño (tradente) pasa a ser mero tenedor, reconociendo ahora el nuevo dominio del adquirente.

11.1.2) ¿Es taxativa la enumeración del artículo 684?

Victorio Pescio,[99] señala que sólo la Ley puede establecer las formas de tradición. El fundamento de su postura lo sustenta, diciendo que los medios simbólicos son una ficción que sólo el legislador puede fijar, y principalmente, en la expresión "*deberá*" del inciso primero del artículo 684. En el texto basado en las clases de Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., preparado por don Antonio Vodanovic H., se expresa que la enumeración del artículo 684 no es taxativa, apoyándose en una sentencia de la Corte Suprema del año 1938.[100]

Nosotros debemos señalar, que el artículo 684 no es la única norma legal que se refiere al tema, también lo hace en materia mercantil el Código de Comercio en los artículos 148 y 149;[101]

[97] Aquí –en principio– el puro o mero contrato bastaría para transferir el dominio; pero se mantiene el sistema título-modo "*figurando*" una tradición conforme la primera parte del Nº 5 del artículo 684.

[98] En esto –en nada más– se parece a la *traditio brevi manu*.

[99] Ob. cit., p. 334.

[100] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 212. En el mismo sentido Luis Claro Solar, ob. cit., Tomo VII, Nº 731.

[101] Dichos artículos del **Código de Comercio** disponen: **Art. 148:** *"El envío de las mercaderías hecho por el vendedor al domicilio del comprador o a cualquiera otro lugar convenido, importa la tradición efectiva de ellas. El envío no implicará entrega cuando fuera efectuado sin ánimo de transferir la propiedad, como si el vendedor hubiese remitido las mercaderías a un consignatario con orden de no entregarlas hasta que el comprador pague el precio o dé garantías suficientes"*; **Art. 149:** *"La entrega de la cosa vendida se entiende verificada: 1. Por la trasmisión del conocimiento, carta de porte o factura en los casos de venta de mercaderías que vienen en tránsito por mar o por tierra; 2. Por el hecho de fijar su marca el comprador, con consentimiento del vendedor, en las mercaderías compradas; 3. Por cualquier otro medio autorizado por el uso constante del comercio"*.

también la Ley Nº 18.690 sobre Almacenes Generales de Depósito (Warrants).[102]

Enrique Barros B.,[103] señala que en la práctica se deja constancia de la tradición en una cláusula del mismo contrato. Añade que la tradición ficta generaría problemas probatorios. Por esta razón, y a la luz de los artículos 1.708 y 1.709, es preferible (para efectos probatorios) dejar una constancia escrita de la misma en el contrato.

11.1.3) Tradición de derechos reales sobre cosas corporales muebles

El epígrafe del § 2 del título VI, señala *"De la tradición de las cosas **corporales** muebles"*, la misma fórmula emplea el propio artículo 684 (cosas corporales). Pero, ¿cómo se hace la tradición de los otros derechos reales (cosas incorporales) que recaen en cosas muebles, por ejemplo un usufructo en cosa mueble?. La doctrina no lo responde expresamente, y al referirse al artículo 684, titulan la materia como "tradición de los **derechos reales** sobre una cosa corporal mueble".[104]

Nosotros diremos que, por aplicación del inciso segundo del artículo 670 (*"Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales"*), las formas señaladas en el artículo 684 se aplican también a los demás derechos reales y no sólo al dominio.[105]

11.2) Artículo 685. Tradición de frutos pendientes

Art. 685: *"Cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del predio, la tradición se verifica en el momento de la separación de estos objetos.*

[102] El artículo 6º inciso primero de la Ley Nº 18.690 dispone: *"El dominio de las especies depositadas en los almacenes se transfiere mediante el endoso del certificado de depósito".*

[103] Ob. cit., p. 54.

[104] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 212; PEÑAILILLO, ob. cit., p. 148; ROZAS ob. cit., p. 170.

[105] Nótese que el artículo 684 habla de **la cosa en sí** (cosa corporal mueble) y no del derecho de dominio (cosa incorporal) sobre ésta, como sí lo hace el artículo 686: *"Se efectuará la tradición **del dominio** (...)".*

Aquél a quien se debieren los frutos de una sementera, viña o plantío, podrá entrar a cogerlos, fijándose el día y hora de común acuerdo con el dueño".[106]

11.3) Presunción de tradición

El inciso final del artículo 702, establece una **presunción legal de tradición** sólo aplicable a las cosas **muebles**, al disponer: *"La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título".*

11.4) Tradición de vehículos motorizados[107]

Como la compraventa de vehículos motorizados es una compraventa de un bien mueble, su forma de perfeccionamiento es la de un contrato consensual.[108]

Por lo mismo, la forma de tradición de éstos se rige por el artículo 684, ya estudiado. Sin embargo, ello no obsta para que el legislador haya establecido para este tipo de bienes un *sistema registral* (que cumple una función distinta a la de los bienes raíces). El sistema registral al que están afectos estos bienes, no es la manera de practicar la tradición de los vehículos motorizados –como ocurre con los inmuebles– sino que se ha creado para efectos distintos. Estas normas especiales las encontramos en la Ley de Tránsito Nº 18.290, en su título III, cuyo epígrafe es: *"Del dominio y registro de los vehículos motorizados y de la patente única y certificado de inscripción".*

Art. 33 Ley Nº 18.290: *"La constitución del dominio, su transmisión, transferencia y los gravámenes sobre vehículos motorizados se sujetarán a las reglas que el **derecho común** establece para los bienes **muebles**".*

---

[106] Esta norma, ha generado problemas interpretativos. Aparentemente estaría en contradicción con la del artículo 571, y también genera discusión en cuanto a si se permite en la tradición de frutos pendientes la utilización de los medios fictos del artículo 684. Véase ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., pp. 213, 214; PEÑAILILLO, ob. cit., p. 152; PESCIO, ob. cit., p. 356.

[107] Véase NAVARRO A., RENÉ, *"Teoría General de los contratos (...)"*, ob. cit., p. 161.

[108] Sin perjuicio, que no debe olvidarse la **formalidad *ad-probationem*,** establecida en los artículos **1.708** y **1.709** del Código Civil, toda vez que a todas luces los vehículos motorizados generalmente costarán más de **2 U.T.M.**

Art. 34 inc. 1º Ley Nº 18.290: *"El Servicio de Registro Civil e Identificación llevará un Registro de Vehículos Motorizados en la base de datos central de su sistema mecanizado, en el cual se inscribirán los vehículos y la individualización de sus propietarios y se anotarán las patentes únicas que se otorguen".*

Art. 35 Ley Nº 18.290: *"Se inscribirán, además en el Registro de Vehículos Motorizados, las variaciones del dominio de los vehículos inscritos.*

Podrá requerirse también que en dicho registro se anoten los gravámenes, prohibiciones, embargos y medidas precautorias que les afecten, inscripción que no es requisito para su constitución. En tanto no se efectúe esta anotación, no serán oponibles frente a terceros.

Si el acto que sirvió de título a la transferencia de un vehículo fuere consensual, se acreditará mediante declaración escrita conjunta que subinscribirán ante el oficial de Registro Civil e Identificación el adquirente y la persona a cuyo nombre figure inscrito el vehículo, o mediante instrumento público o privado autorizado ante notario".

Art. 38 Ley Nº 18.290: *"**Se presumirá propietario** de un vehículo motorizado **la persona a cuyo nombre figure inscrito** en el Registro, salvo prueba en contrario"* (presunción de dominio simplemente legal).[109]

11.5) TRADICIÓN DE NAVES Y AERONAVES[110]

Antes que todo, debemos decir que esta temática corresponde a cursos de especialización.

Para determinar cómo se efectúa la tradición de las **naves** es preciso distinguir entre las naves *mayores* (las de más de 50 toneladas de registro grueso) y las naves *menores* (las de 50 o menos toneladas de registro grueso).[111] Conforme los incisos 1º y 2º del artículo 832 del Código de Comercio, la enajenación de naves mayores por acto entre vivos y la constitución de derechos reales sobre ellas, se efectuarán por escritura pública cuando ocurran en

[109] Esta norma es de vital trascendencia en los accidentes de tránsito, pues, como se estudiará en su oportunidad, conforme al inciso segundo del artículo 174 de la misma Ley, son **solidariamente responsables:** el **propietario del vehículo**, el tenedor del mismo vehículo y el conductor.

[110] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., pp. 271 a 273.

[111] Artículo 4º inciso final de la Ley de Navegación. D.L. Nº 2.222 del año 1978.

Chile.[112] Los actos y contratos respecto de naves menores, deberán constar por escrito y las firmas de los otorgantes ser autorizadas por notario. Las transferencias o transmisiones del dominio de las naves, deberán anotarse al margen de su inscripción en el Registro de Matrícula, bajo sanción de ser inoponibles a terceros (art. 10 inciso final Ley de Navegación).

En cuanto a las **aeronaves**, el Código Aeronáutico en su artículo 49 dispone que para inscribir el dominio de la aeronave se acompañará copia de la escritura pública o del instrumento privado protocolizado ante notario, que acredite su adquisición. Sin esta inscripción, la transferencia del dominio no producirá efectos respecto de terceros.

12) Tradición de los derechos reales que recaen sobre inmuebles

12.1) Generalidades

El mensaje del Código Civil, señala al respecto: *"La transferencia y transmisión de dominio la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición; y* ***la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio****. Mientras ésta no se verifica,* ***un contrato puede ser perfecto****, puede producir obligaciones y derechos entre las partes,* ***pero no transfiere el dominio****, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee: es un mero tenedor".*

Art. 679: *"Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas".*

§ 3. De las otras especies de tradición

Art. 686: *"Se efectuará la* ***tradición*** *del dominio de los bienes raíces* ***por la inscripción del título en el Registro del Conservador****.*

De la misma manera *se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca.*

[112] Los actos y contratos celebrados en el extranjero se rigen por la Ley del lugar de su otorgamiento (art. 832 inc. 3º C. Com).

Acerca de la tradición de las minas se estará a lo prevenido en el Código de Minería".

Art. 687: *"La inscripción del título de dominio y de cualquier otro de los derechos reales mencionados en el artículo precedente, se hará en el* ***Registro Conservatorio del territorio en que esté situado el inmueble*** *y si éste por situación pertenece a varios territorios, deberá hacerse la inscripción en el Registro de cada uno de ellos.*

Si el título es relativo a dos o más inmuebles, deberá inscribirse en los Registros Conservatorios de todos los territorios a que por su situación pertenecen los inmuebles.

Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada se inscribirá en el Registro Conservatorio en cuyo territorio esté ubicado el inmueble".

Art. 696: *"Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena, pero esta disposición no regirá sino respecto de los títulos que se confieran después del término señalado en el reglamento antedicho".*

Como señala Peñailillo,[113] con la dictación del Código Civil se estableció un sistema de transferencia para los derechos sobre inmuebles, en base a un Registro,[114] el cual en el caso del derecho de dominio se denomina Registro de Propiedad (allí se inscriben las transferencias, transmisiones y adquisiciones por prescripción). En el Registro de Hipotecas y Gravámenes se inscriben las hipotecas, los censos, usufructo, uso y habitación, fideicomisos y otros semejantes. En cada registro además, se inscribirán las respectivas cancelaciones, subinscripciones y demás concernientes a las inscripciones hechas en ellos.

12.2) Funciones de la inscripción conservatoria

Son funciones de la inscripción conservatoria, las siguientes:[115]

[113] Ob. cit., p. 155.
[114] Más adelante, nos referiremos al Conservador de Bienes Raíces.
[115] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 218.

i) Es la forma de efectuar la tradición del dominio y de otros derechos reales sobre inmuebles;
ii) Deja constancia de la historia jurídica de los inmuebles;
iii) Constituye un medio de publicidad, para dar a conocer a los terceros la situación jurídica en que se encuentran los bienes raíces (posibilidad de realizar estudios de títulos de dominio);
iv) Para la mayoría de la doctrina es requisito, prueba y garantía de la posesión.[116]

12.3) Entrega de la cosa corporal misma[117]

La entrega de la cosa corporal misma (la casa, el predio, etc.), cuando resulta necesaria para que el adquirente ejercite los derechos que se le transfieren, es consecuencia de la tradición de éstos; y debe también llevarse a cabo. La Corte Suprema,[118] ha dicho que para el cumplimiento de la obligación de entregar, que pesa sobre el vendedor respecto del comprador, debe llegarse, no sólo a la inscripción, sino *hasta la entrega material de lo vendido.*

13) Tradición del derecho de servidumbre

Art. 698: *"La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará* ***por escritura pública*** *en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato".*

La tradición del derecho de servidumbre no se efectúa por la inscripción en el Registro del Conservador, sino que conforme al artículo recién citado, esto es, **por escritura pública** en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato. Por esa razón, no se encuentra este derecho dentro de los títulos que deben inscribirse, sino dentro de los que *pueden* inscribirse (art. 53 Nº 2 Reglamento del Registro del Conservador).[119]

[116] Volveremos sobre este punto al tratar la posesión. Véase Pescio, ob. cit., pp. 348 a 369.

[117] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 266.

[118] RDJ, Tomo XLIV, secc. 1º, p. 310. (Sentencia del año 1946).

[119] Señala el mensaje del Código Civil: *"En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscrip-*

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la **servidumbre de alcantarillado en predios urbanos** la cual sólo puede adquirirse por medio de escritura pública *inscrita* en el Conservador de Bienes Raíces; debe además dejarse constancia de la obra en un plano aprobado por la autoridad competente, que deberá protocolizarse al tiempo de otorgarse la respectiva escritura.[120]

14) Tradición de los derechos personales, del derecho real de herencia y de los derechos litigiosos

Esta temática, será analizada en el curso de Derecho Civil III (fuentes de las obligaciones), al tratar la compraventa de los derechos personales o créditos, de una sucesión hereditaria y de los derechos litigiosos, junto a sus respectivas tradiciones: cesión de créditos, cesión del derecho real de herencia, y cesión de los derechos litigiosos.[121]

15) El conservador de bienes raíces[122]

15.1) Generalidades y concepto

Art. 446 C.O.T.: *"Son conservadores los ministros de fe encargados de los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio, de minas, de acciones de sociedades propiamente mineras, de asociaciones de canalistas, de prenda agraria, de prenda industrial, de especial de prenda y demás que les encomienden las Leyes"*.

Existe un Conservador de Bienes, en cada comuna o agrupación de comunas donde ejerce su jurisdicción un juez. Si hubiere sólo un Conservador, el Notario podrá oficiar de tal, si así lo dispone el Presidente de la República. Los Conservadores son nombrados

ción de todas las enajenaciones de bienes raíces, inclusas las transmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. ***Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia****"*.

[120] Ley Nº 6.977 del año 1941.

[121] Véanse el artículo 699, 1.801 inc. 2º, y los artículos 1.901 y ss. Además Navarro A., René, *"Teoría General de los contratos (...)"*, ob. cit., pp. 166 a 178.

[122] Esta parte del trabajo, ha sido preparada por el ayudante de Cátedra don **Paulo Muñoz Pedemonte**. Alumno de quinto año de la Carrera de Derecho de la Universidad de Atacama, año 2006.

por el Presidente de la República, de entre los abogados que cumplan los requisitos para ocupar el cargo de Notario (art. 7º Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces[123]).

15.2) Registros (libros que lleva el conservador)

El Conservador, como se desprende de la definición, está encargado de llevar varios registros o libros. Como nuestro estudio se centra específicamente, en el Conservador de Bienes Raíces, cuya regulación aparece en el Reglamento del Registro del Conservador, analizaremos los registros que éste debe llevar. Para estos efectos los enumeraremos: a) El Repertorio; b) El Registro de Propiedad; c) El Registro de Hipotecas y Gravámenes; d) El Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar; y e) El Índice General.

A) El Repertorio

El Repertorio, es un libro en que deben ser anotados todos los títulos que se presenten para ser inscritos en el Conservador, por orden cronológico. Debe ser llevado en la forma prevista por los artículos 21 y siguientes del Reglamento. Según el artículo 24, las enunciaciones que debe contener el Repertorio son las siguientes: i) El nombre y apellido de la persona que presenta el título; ii) La naturaleza del acto o contrato que contenga la inscripción que trata de hacerse; iii) La clase de inscripción que se pide, por ejemplo, si es de dominio, hipoteca, etc.; iv) La hora, día y mes de la presentación; v) El registro parcial en que, según el artículo 32, debe hacerse la inscripción, y el número que en él le corresponde.

El Conservador no puede negarse a efectuar la anotación del título, sin perjuicio de que pueda negarse a efectuar la inscripción, en los casos en que la Ley lo faculta. Si la anotación no se convierte en inscripción, dentro del plazo de dos meses, caducará (art. 15). Si hubiere una prohibición judicial que impida la inscripción del título, con posterioridad a la anotación, el plazo de caducidad antes señalado no rige.

[123] En adelante (en esta parte del trabajo), simplemente el Reglamento; cuando no se diga a qué código o ley pertenece, ha de entenderse la referencia al Reglamento. Éste, aparece en el apéndice de las ediciones oficiales del Código Civil.

Ahora bien, convertida la anotación en inscripción, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha de la anotación (art. 17). La anotación no impide que otros sujetos realicen inscripciones incompatibles con las anotadas. Por ejemplo, si dos personas solicitan la inscripción de la misma propiedad, en este caso primará la anotación más antigua, siempre que se realice la inscripción dentro de plazo.

B) El Registro de Propiedad

Éste es el más relevante. Allí deben inscribirse las translaciones del dominio, esto es, las transferencias, transmisiones y las adquisiciones por prescripción, conforme el artículo 32 del Reglamento.

C) Registro de Hipotecas y Gravámenes

En este libro, deben inscribirse las hipotecas, los censos, los derechos de usufructo, uso y habitación, los fideicomisos, las servidumbres y otros gravámenes semejantes (art. 32 inc. 2º).

D) Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar

Se inscriben en este libro, las interdicciones y prohibiciones de enajenar y todo impedimento o prohibición relativa a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho a enajenar (art. 32 inc. 3º).

E) Índice General

El índice general, es el libro que se lleva por *orden alfabético* y que se forma a medida que se van haciendo las inscripciones en los tres registros anteriores. Debe contener el nombre de los otorgantes, el nombre particular del fundo, la calle en que estuviere situado, si es urbano o rústico, la subdelegación a que corresponde (debe entenderse que hace referencia a la provincia), la naturaleza del acto o gravamen, la cita de la foja y número de la inscripción y además, citará el registro en que se encuentre la inscripción (art. 44). Sin perjuicio de este índice general, existen índices parciales de cada registro.

15.3) Títulos que "deben" inscribirse

El artículo 52 del Reglamento, enumera los títulos que deben inscribirse. Esta enumeración debe complementarse con las disposiciones del Código Civil.

Art. 52 Reg.: *"Deberán inscribirse en el registro conservatorio:*

1º. Los títulos translaticios del dominio de los bienes raíces; los títulos de derecho de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca constituidos en inmuebles, y la sentencia ejecutoria que declare la prescripción adquisitiva del dominio o de cualquiera de dichos derechos.

Acerca de la inscripción de los títulos relativos a minas, se estará a lo prevenido en el Código de Minería;

El numeral 1º del reglamento, se refiere en la primera parte, a la tradición de los derechos reales sobre inmuebles, cuando el título es translaticio de dominio (por ejemplo: compraventa, donación, permuta, etc.), la que se verifica por la inscripción del título en el Registro Conservatorio.

Siempre que se transfiera un derecho antes inscrito, se mencionará en la nueva inscripción, al tiempo de designar el inmueble, la precedente inscripción. Si así no se hiciere, la inscripción será ineficaz.

Sin embargo, comete un error el reglamento, al señalar que debe inscribirse la transferencia de los derechos de uso y habitación, los que son derechos *personalísimos* y, por lo tanto, intransferibles, art. 819, 1464 Nº 2 del Código Civil.

En la segunda parte del numeral, se refiere a la *sentencia ejecutoria que declare la prescripción adquisitiva* (usucapión). Esta sentencia por sí misma, hace las veces de escritura pública para el dominio de los bienes raíces, pero no tiene efectos contra terceros sino desde que ha sido inscrita en el Registro Conservatorio (arts. 699, 2513 C.C.). En este caso, la inscripción no es tradición del derecho, sólo otorga publicidad al dominio, pues el modo de adquirir que ha operado es la prescripción adquisitiva o usucapión.

"2º. La constitución de los fideicomisos que comprendan o afecten bienes raíces; la del usufructo, uso y habitación que hayan de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos; la constitución, división, reducción y redención del censo; la constitución del censo vitalicio, y la constitución de la hipoteca.

Las reglas relativas a la hipoteca de naves pertenecen al Código de Comercio".

La constitución del fideicomiso es solemne; si se constituye por acto entre vivos requiere de instrumento público (art. 699 del Código Civil); si se constituye por testamento, la solemnidad la otorga el propio testamento que lo contiene.[124] Todo fideicomiso que afecte a inmuebles, debe inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, pero la discusión está dada por el rol que juega la inscripción. Es claro que en el fideicomiso testamentario, el modo de adquirir es la sucesión *mortis causæ*, por lo que la inscripción no opera como tradición, ni tampoco como solemnidad (la que está dada por el testamento), por lo que su rol es sólo de publicidad. Cuando se constituye entre vivos, la inscripción opera como tradición de la propiedad fiduciaria.[125] En cuanto al usufructo, uso y habitación, el legislador prescribe en el artículo 767 en concordancia con el artículo 812 del Código Civil, que deben constituirse por instrumento público inscrito, por lo que según algunos, la inscripción sería solemnidad y tradición del derecho. Otros niegan el carácter de solemnidad de la inscripción, pues no podría llevarse a cabo la tradición del derecho sin un título que lo justifique, lo cual además sería contradictorio con nuestro sistema que exige la dualidad título y modo, por lo que la inscripción sólo sería la tradición del respectivo derecho.

En cuanto al censo, el art. 2027 del Código Civil, exige que se constituya por escritura pública inscrita, por lo que parte de la doctrina, sostiene el carácter de solemnidad y tradición de la inscripción, mientras que otro sector, con los mismos argumentos planteados anteriormente respecto al usufructo, uso y habitación, sostiene que su rol es de mera tradición.

La hipoteca es un contrato solemne que se perfecciona por el otorgamiento de escritura pública (art. 2.409 C.C.). Además debe ser inscrito en el Registro de Hipotecas y Gravámenes, sin

---

[124] **"Art. 999 del Código Civil:** *"El testamento es un acto* ***más o menos solemne*** (siempre solemne)*, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva".*

[125] Alessandri, Somarriva y Rozas Vial, sostienen que la inscripción constituye solemnidad y tradición de la propiedad fiduciaria, por lo que su omisión acarrea la nulidad absoluta del fideicomiso.

lo cual no tiene efecto alguno según lo prescribe el artículo 2.410 del Código Civil.[126]

"3º. La renuncia de cualquiera de los derechos enumerados anteriormente;"

Siempre que el derecho se encuentre anteriormente inscrito, será necesario para efectuar su renuncia, una subinscripción: ***Las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen.***

"4º. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva, el de rehabilitación del disipador y demente, el que confiera la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y el que conceda el beneficio de separación de bienes, según el artículo 1.385 del Código Civil".

La discusión que se da a nivel doctrinal es: ¿cuál es la función de la inscripción en los casos de interdicción?

Algunos autores sostienen que, aunque la sentencia de interdicción no esté inscrita, es igualmente oponible a los terceros que contratan con el incapaz (publicidad-noticia). La sanción a la omisión de la inscripción de esta sentencia sería solamente la reparación de los perjuicios que resultaren de ella. En contra, sostienen otros que la inscripción da publicidad al acto, por lo que es necesario para que la sentencia, y por lo tanto la incapacidad, produzcan efectos respecto de terceros (oponibilidad). La sanción a la omisión de esta inscripción sería la ***inoponibilidad*** de la sentencia respecto de terceros (publicidad-substancial), lo cual creemos es más acorde a la lógica y al principio de efecto relativo de la sentencia, establecido en el artículo tercero, inciso segundo de nuestro Código Civil, pues, no puede presumirse conocida por los terceros, una sentencia en la que estos no han sido partes y que, por lo tanto, no les ha sido notificada. Lo mismo debe concluirse para el decreto de rehabilitación.

Respecto al decreto que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido, el rol de la inscripción es dar publicidad a la propiedad inmueble, con la finalidad de mantener la publicidad del registro.

[126] ¿Qué rol juega aquí la inscripción? La doctrina mayoritaria sostiene que su rol es ser tradición del derecho real de hipoteca, por lo que una vez otorgada la escritura pública estaríamos frente al contrato de hipoteca, y una vez inscrita la escritura estaríamos frente al derecho real de hipoteca.

Debe inscribirse también la sentencia que conceda el beneficio de separación. La utilidad de ello estriba en la publicidad que se otorga a los acreedores del *de cujus*[127] y a los del heredero, que el patrimonio del heredero no se confundirá con los bienes del causante.

¿Cuál es la sanción a la omisión de la inscripción de un título que deba inscribirse?

Para estos efectos, habrá que distinguir el *rol que juega la inscripción en cada caso*. Si fuere la tradición del derecho, debemos concluir que no *transfiere* el respectivo derecho real. Si fuere solemnidad del acto, su sanción sería la *nulidad* del acto, según lo dispone el artículo 1.682 del Código Civil. Si su rol fuere la publicidad, la consecuencia de su omisión será la *inoponibilidad* del acto.

15.4) Títulos que "pueden" inscribirse

Art. 53 Reg.: *"Pueden inscribirse:*

1º Toda condición suspensiva o resolutoria del dominio de bienes inmuebles o de otros derechos reales constituidos sobre ellos;

La finalidad de esta inscripción es dar *publicidad a la condición*, su omisión no afecta su existencia. Tiene relevancia en el caso del artículo 1.491 del Código Civil, en que para resolver la enajenación realizada por el que tiene o debe una cosa bajo condición, es necesario que la condición conste en el título y que además éste se encuentre inscrito. Aunque debemos tener en cuenta que, según el artículo 1.489 del Código Civil, la condición resolutoria tácita, esto es *"la de no cumplirse por una de las partes lo pactado"*, se entiende incorporada en todo contrato bilateral, por lo cual, esta condición constaría tácitamente en el título (pues el legislador la subentiende), y no sería necesaria su incorporación expresa.

"2º. Todo gravamen impuesto en ellos que no sea de los mencionados en los números 1º y 2º del artículo anterior, como las servidumbres".

Este numeral hace referencia a los gravámenes de carácter personal que pueden afectar a los inmuebles, por ejemplo la

[127] *De cuius succesione agitur* (lat): "De cuya sucesión se trata", hace referencia al causante.

anticresis, la que otorgada por escritura pública inscrita obliga a los terceros adquirentes o hipotecarios, a respetar el derecho del acreedor anticrético.

El reglamento no exige la inscripción de las servidumbres, a diferencia de lo que hace con los demás derechos reales. La excepción la constituye la servidumbre de alcantarillado, Ley Nº 6.977 de julio de 1941.

> *"El arrendamiento en el caso del artículo 1962 del Código Civil y cualquiera otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la Ley".*

Si bien el contrato de arrendamiento es de carácter consensual, el hecho de celebrarlo por escritura pública inscrita, **otorga ciertas garantías al arrendatario**, como por ejemplo, el que los acreedores hipotecarios tengan el deber de respetar el arriendo, hasta su terminación natural. Lo mismo ocurre en el caso de la anticresis.

> *"3º. Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho a enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etc".*

En cuanto a la **prohibición de celebrar actos y contratos** sobre bienes raíces que decrete el juez, señala el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil que **debe** inscribirse para producir efectos ante terceros. Lo mismo debe decirse del embargo y demás medidas precautorias de carácter real, recaídas sobre inmuebles.

En cuanto a las **limitaciones de carácter convencional** sobre inmuebles, hay discusión a nivel doctrinal respecto de su valor y de sus efectos, lo que ya fue anteriormente analizado.

15.5) Inscripción de actos referidos a una finca que no ha sido antes inscrita

Para inscribir la transferencia por donación o contrato entre vivos, de una finca que no ha sido antes inscrita, exigirá el Conservador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público, por medio de tres avisos publicados en un periódico de la comuna o de la capital de la provincia, si en aquel no lo hubiere, y por un cartel fijado durante quince días por lo menos, en la oficina del mismo Conservador, con las designaciones relativas a las

personas que transfieran y a los límites y nombre de la propiedad, materia del contrato, art. 58 de Reglamento. ¿Cuál es la sanción a la omisión de este requisito? Don José Clemente Fabres, sostiene que es la nulidad absoluta, pues se trata de una solemnidad. Don Luis Claro Solar cree que la sanción es la inoponibilidad.

15.6) Competencia del Conservador

La inscripción del título de dominio y de cualquier otro derecho real inmueble, excepto la servidumbre, debe hacerse en el Registro Conservatorio *del territorio en donde esté situado el bien raíz*, y si éste por su situación pertenece *a varios* territorios, preciso es hacer la inscripción en el Registro de *cada uno de ellos*. La inscripción hecha en un territorio que no corresponde, es inexistente para todos los efectos legales. Lo mismo ocurre si el bien, por su situación, pertenece a varios territorios y sólo es inscrito en uno de ellos, la inscripción parcial no tiene valor. Igual consecuencia tiene realizar la inscripción en un Registro que no corresponde. La inscripción de los decretos de interdicción y de los que prohíben o limitan el derecho a enajenar, que no están referidos a un inmueble en particular, deben ser inscritos *en el territorio en que tiene domicilio el sujeto sobre quien recae el decreto o prohibición*. Además, deben realizarse inscripciones en los territorios en que estos sujetos tengan bienes de los que no pueden disponer. Si la prohibición es referida a un inmueble en particular, la inscripción debe hacerse en el *territorio en que está situado el inmueble*.

15.7) Sujetos que pueden requerir la inscripción

Puede hacerlo directamente el interesado o puede valerse de representantes o mandatarios. Si se trata de una inscripción del art. 52 Nº 1 del Reglamento, deberá el apoderado representante, exhibir el título de su mandato.

15.8) Anotación del título en el Repertorio

Sin perjuicio que el Conservador pueda negarse a inscribir, no puede negarse a efectuar la anotación del título en el Repertorio (art. 15). Esta anotación deberá sujetarse a lo prescrito en el artículo 21 del Reglamento. Podrá pedir el solicitante un certificado de esta anotación.

En cuanto a los documentos con que se requiere la inscripción, debe exhibirse *copia auténtica del título* o decreto judicial en su caso.

15.9) Obligación del Conservador de inscribir

Por regla general, el Conservador está obligado a inscribir los títulos que se le presenten, así lo dispone el artículo 12. El Reglamento establece causales de negativa en los artículos 13 y 14:

i) *Si la inscripción es en algún sentido inadmisible.* Esta causal por su carácter general e imprecisión, ha dado lugar a controversias sobre cuales son aquellos vicios que la hacen legalmente inadmisible. De acuerdo a los primeros ejemplos, parece desprenderse que hace referencia a vicios formales del título, pero posteriormente agrega "si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente" lo cual abre la causal y da pie para pensar que el Conservador tiene un control de legalidad de los títulos, similar al que tiene el juez, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato un vicio de nulidad, art. 1683 del Código Civil.

ii) *Si el bien ha sido vendido a dos o más personas o se trata de una venta de cosa ajena.* En el caso de que un inmueble fuere vendido a dos o más personas y ambas requieren la inscripción o, que quien apareciere como vendedor en el título, no fuere quien figura en el título como dueño, "podrá" el Conservador negarse a inscribir el título hasta que se haga constar que judicialmente se ha notificado a quienes puedan resultar perjudicados con tal circunstancia. Sin perjuicio de ello, deberá el Conservador, anotar el título en el Repertorio.

En todo caso, el Conservador siempre deberá justificar su negativa.

15.10) Negativa del Conservador a inscribir

Ante la negativa del Conservador, el solicitante podrá ocurrir ante el juez de letras de la comuna en que se encuentre ubicado el Registro y solicitar la inscripción. El juez con la solicitud y los

motivos expuestos por el Conservador, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda (art. 18).

15.11) Inscripción sin previa anotación

El artículo 76 del Reglamento, exige que la inscripción tenga anotada al margen izquierdo, el número que le corresponde en el Repertorio, por lo que la omisión de la anotación hace inútil y parcial la inscripción. Lo mismo ocurre si la inscripción, se realiza después de caducada la anotación.

15.12) Contenido de la inscripción

La inscripción, consiste en un extracto del título, su contenido dependerá de su naturaleza.

15.13) Subinscripciones

Todo error que ocurra en la inscripción, debe salvarse a través de una subinscripción, que consiste en una anotación al margen derecho de la inscripción. A través de las subinscripciones también se anotan los gravámenes a que están afectos los inmuebles, v. gr., Hipoteca, usufructo.

15.14) Cancelaciones

Implican dejar sin efecto una inscripción del Registro, total o parcialmente. Se realizan mediante una subinscripción.

15.15) Publicidad del Registro

El Registro es un asiento de carácter público, cualquiera puede consultarlos y solicitar copia de sus anotaciones, artículos 49 y 50 del Reglamento.

15.16) Importancia de la inscripción

Como ya se dijo, la inscripción es relevante porque: es la forma en que se realiza la tradición del dominio y demás derechos reales constituidos en inmuebles, salvo el de servidumbre; también es la única forma de constituirlos, salvo las servidumbres; permite

dar publicidad a la propiedad raíz, *"la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos"*, como señala Bello en el Mensaje; según algunos autores, es prueba, requisito y garantía de la propiedad raíz. Teorías de la inscripción-garantía e inscripción-ficción; algunos autores sostienen que es solemnidad de ciertos actos, v. gr., Usufructo, fideicomiso.

15.17) El estudio de los títulos de dominio

Es una actividad realizada comúnmente por los abogados y consiste en el análisis que se hace de un bien raíz, para conocer su estado (jurídicamente hablando), su ubicación, su cabida, deslindes, propietario, si estuviere gravado con algún derecho real, etc. Su finalidad será generalmente, informar a un posible comprador del estado del inmueble, o a un acreedor de la utilidad de exigir al deudor como garantía, una hipoteca, por ejemplo.

15.18) Inscripciones relativas a la sucesión por causa de muerte y a la prescripción adquisitiva

La inscripción en materia de inmuebles opera generalmente como modo de adquirir el dominio; sin embargo, hay casos en que el legislador las requiere por la publicidad que dan a los actos y con la finalidad de mantener la historia de la propiedad raíz. Éste, es el caso de la sucesión por causa de muerte y de la prescripción adquisitiva o usucapión.

En cuanto a la *prescripción adquisitiva*, el legislador establece que declarada la prescripción, la sentencia judicial hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, pero que no valdrá contra terceros sin la competente inscripción.

En la *sucesión por causa de muerte*, el heredero adquiere por el solo ministerio de la Ley, el dominio y la posesión legal de los bienes transmisibles del *de cujus,* en el momento mismo de su muerte. Pero ello no le habilita para disponer de estos bienes, sino una vez practicadas ciertas inscripciones.

> **Art. 688:** *"En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la Ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:*

1º. La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva: el primero ante el Conservador de Bienes Raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, y la segunda en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas;... ".

Para comprender este artículo 688, hay que distinguir: si la sucesión es testada o intestada; y el lugar en donde se abrió la sucesión (muerte del causante), en Chile o en el extranjero.

Si fuere *intestada abierta en Chile* (causante muerto en Chile), quien conocerá de la posesión efectiva, será el *Servicio de Registro Civil e Identificación* y una vez otorgada, deberá ser inscrita en el *Registro Nacional de Posesiones Efectivas* y podrán con ello los herederos, disponer de consuno de los bienes muebles. Con esta inscripción, los interesados podrán requerir las inscripciones especiales del artículo 688 números 2 y 3 del Código Civil, en el *Conservador de Bienes Raíces*, si hubiere inmuebles en la sucesión.

Si la sucesión fuere *testada o abierta en el extranjero*, será conocida por el *tribunal* que ejerza jurisdicción, en el último domicilio que el causante tuvo en Chile. Una vez otorgada, deberá al igual que la intestada, ser inscrita en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas y además en el Registro Conservatorio, junto con el testamento, y autorizará a los herederos a disponer de consuno de los bienes muebles.

Si hubiere ***inmuebles en la sucesión***, habrá que realizar además, las siguientes inscripciones:

i) Inscripción especial de herencia, que autoriza a los herederos a disponer de consuno de los bienes inmuebles, art. 688 Nº 2 del Código Civil;

ii) Inscripción del acto de adjudicación, en virtud del cual, el heredero pasa a ser dueño exclusivo del bien, art. 688 Nº 3 del Código Civil.

Todas estas inscripciones, sólo tienen como objeto mantener la historia de la propiedad raíz, no operan como tradición, porque el modo de adquirir estos bienes es la sucesión por causa de muerte.

Sin perjuicio de estas inscripciones, la Ley Nº 19.903 sobre Posesiones Efectivas, prescribe que las resoluciones que concedan la posesión efectiva, ya sea que emanen de un tribunal o del

Servicio de Registro Civil e Identificación, deberán ser inscritas en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. Además crea un Registro Nacional de Testamentos, en el que deben inscribirse los testamentos otorgados en Chile.

15.19) Caso de destrucción de los registros (regulación)

Finalmente, es menester tener presente –en caso de *destrucción* (total o parcial) de los registros que lleve el Conservador– la Ley Nº 16.665 sobre Reconstitución de inscripciones en el Registro de Conservadores de Bienes Raíces, que aparece en el apéndice de las ediciones oficiales del Código Civil.

CAPÍTULO CUARTO

POSESIÓN, MERA TENENCIA Y PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA (USUCAPIÓN)

I. LA POSESIÓN

1) CONSIDERACIONES PRELIMINARES

¡Antes de entrar de lleno al estudio en particular de la posesión (art. 700 y ss.), debemos referirnos preliminarmente a los siguientes temas:

i) La posesión como un atributo más del dominio;
ii) La mera tenencia; y
iii) Alcances terminológicos en torno a la voz posesión.

1.1) La posesión como un atributo más del dominio[1]

Además de los atributos o facultades ya estudiados, el dominio confiere también el llamado **derecho a la posesión**. Las facultades de uso, goce y disposición, serían prácticamente irrealizables si la cosa sobre que recae el derecho no se encuentra positivamente a disposición del dueño.

Ese derecho del dueño de *"tener"* la cosa bajo su señorío, implica *tenerla* en su poder y ello se denomina *derecho a la posesión*.[2] Sin este *derecho a la posesión*, el dominio carecería de sentido. En este orden de ideas, la posesión –para el dueño– consiste en *un hecho que hace posible el ejercicio de su derecho de dominio.*

---

[1] Véase PESCIO, ob. cit., pp. 118 a 146.

[2] Don Victorio Pescio Vargas, en su obra, se encarga de distinguir entre el ***ius possidendi*** (derecho a la posesión, derecho que tiene el titular a poseer la cosa que le pertenece, y lo consigue el dueño mediante la acción reivindicatoria), y el ***ius posessionis*** (conjunto de derechos y facultades que la posesión confiere al poseedor, principalmente el derecho a la protección posesoria: querellas o interdictos posesorios). Vid. PESCIO, ob. cit., p. 118 y nota al pie Nº 1 de la p. 128.

Así las cosas, la posesión es concebida como el **cuarto atributo o facultad del dominio**: el derecho a poseer es el ejercicio mismo del dominio, una consecuencia necesaria del derecho de propiedad.

La regla ordinaria, será que todo propietario tenga en su poder la cosa, pero puede ello no siempre ser así. En efecto, existen casos en que el dueño (que tiene la posesión), no tenga la cosa en su poder porque: la arrendó, constituyó un usufructo, la dio en prenda, etc. En estos casos, el dueño **voluntariamente** se ha desprendido de la tenencia de las cosa. Mas, existen otros casos, en que el propietario pierde el contacto con la cosa por un acontecimiento ajeno a su voluntad: la cosa se extravía o pierde, se inunda un inmueble,[3] la cosa mueble es hurtada o robada, el inmueble es usurpado, etc.

Todavía puede darse la situación inversa: un sujeto tiene una cosa sin ser dueño de ésta. Este sujeto (como ya expresamos antes de comenzar el capítulo dominio) que detenta una cosa sin ser dueño: o es poseedor, o es mero tenedor.

Sabemos ya, que el cuarto atributo del dominio es el *ius possidendi*, esto es, el derecho del dueño a poseer; pero esta noción no puede confundírsela con **la posesión como figura jurídica autónoma**, a la que nos corresponde dedicar nuestra atención en este capítulo.

Lo normal es que el propietario tenga el derecho a poseer y que además, tenga *"efectivamente"* la posesión. Si el dueño arrienda la cosa, no por ello deja de poseer –aunque deje de detentar la cosa– porque el arrendatario (mero tenedor) reconoce el dominio del arrendador, y además, porque tiene la cosa *en lugar y a nombre del dueño.*[4]

Sin embargo, puede ocurrir que el dueño (a pesar de contar con el derecho a poseer) carezca de la posesión; lo anterior traería como consecuencia la siguiente **dicotomía:** *un poseedor no dueño, frente a un dueño no poseedor.*

La institución jurídica de la posesión, cobra su real naturaleza y autonomía, al ser observada desde el punto de vista del *poseedor no dueño.*

---

[3] Véase el artículo 653.

[4] **Art. 700:** *"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo,* ***o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*** *(...)"*

Ahora bien, la posesión unida al dominio reporta al propietario al menos dos ventajas: en *primer lugar*, en el caso que sea despojado de la cosa, puede entablar la querella posesoria de restitución (art. 926) que (en teoría) es más rápida y eficaz que un juicio de lato conocimiento, como lo es la reivindicatoria, y si fracasare en ello, aún le queda a salvo la acción que como dueño puede entablar, esto es, la reivindicatoria; en *segundo lugar*, al ser dueño y poseedor, queda liberado de la *probatio diabólica* del derecho de dominio,[5] apareciendo la posesión como una **fortificación de la propiedad**: al dueño le basta con probar su posesión.

Ya dijimos que la situación ordinaria, es que el dominio y la posesión estén unidos, vale decir, que el dueño posea lo que le pertenece y que el poseedor sea dueño de lo que posee.

La posesión es la imagen de la propiedad, pero no deben confundírselas. En efecto: el dominio sólo puede adquirirse por un modo; en cambio la posesión puede serlo por varios;[6] son distintas las reglas de capacidad en uno y otro caso; puede perderse la posesión sin perderse el dominio; finalmente, el dominio es un derecho, la posesión en cambio es una situación de hecho.[7]

1.2) La mera tenencia

1.2.1) Generalidades y concepto

Ya mencionamos, que existen tres formas civiles en las cuales un sujeto se vinculaba con las cosas:[8] o era su dueño, su poseedor o su mero tenedor.[9] Al respecto el Mensaje del Código Civil señala: *"(...) las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él, la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno (...)"*.

---

[5] Se llama prueba diabólica, la prueba del derecho de dominio, por su dificultad, máxime en los títulos translaticios de dominio.

[6] **Art. 701:** *"Se puede poseer una cosa por varios títulos"*.

[7] Volveremos sobre el punto al tratar la discusión sobre la naturaleza jurídica de la posesión (hecho v/s derecho).

[8] Desde otro punto de vista, los grados de **tenencia**, son tres: *posesión*, *mera tenencia*, y *precario*. Vid GUZMÁN, ob. cit., p. 115 y nota Nº 161. Respecto del **precario**: véase el art. 2.195 inc. 2º, y NAVARRO A., RENÉ, *Teoría General de los contratos...*, ob. cit., p. 253.

[9] Existen casos de laboratorio, en donde según la doctrina no habría dominio, posesión, ni mera tenencia: caso de la persona dormida que le colocan alguna cosa en sus manos, caso del que sin saberlo pisa una moneda, caso del invitado a comer que utiliza el servicio de su anfitrión, etc. PESCIO, ob. cit., p. 126 y ss, PEÑAILILLO, ob. cit., p. 248. Creemos que estos casos no tienen relevancia jurídica.

Como sabemos, existe un concepto legal de **mera tenencia**, y está contenido en el artículo 714:

> **Art. 714:** ***"Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño****. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.* ***Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno****"*.

La clave de la mera tenencia, está en el reconocimiento –por parte del detentador de la cosa– del *dominio ajeno*. En general, los administradores de bienes[10] sean legales (v. gr., guardador, titular de la patria potestad) o convencionales (v. gr., mandatario), son meros tenedores de los bienes que administran.

Como puede apreciarse, el mero tenedor sólo tendría *corpus*, mas no *animus*; no pretende comportarse como dueño, ni se cree dueño.

1.2.2) Requisitos de la mera tenencia

De la definición de mera tenencia, contenida en el artículo 714, se desprenden los siguientes requisitos:

- i) Detentación o apoderamiento de una **cosa** determinada;
- ii) Ese apoderamiento debe ser **intencional**, vale decir, con el propósito de ejercer un poderío sobre la cosa; lo anterior derivado de un **derecho real** (usufructo, uso, habitación)[11] o de un **derecho personal** (arrendamiento, comodato, mandato, depósito, etc.);
- iii) El ejercicio de ese derecho (real o personal) debe verificarse, **reconociendo dominio ajeno**.

1.2.3) Características de la mera tenencia[12]

- i) El mero tenedor siempre tiene obligación de **restituir**. La mera tenencia es temporal, vale decir, de duración limi-

[10] Que están obligados a **reparar**, **conservar** y **cultivar** (véanse los artículos 391, 2.132, 2.255, 243).

[11] Recuérdese que, por ejemplo, el usufructuario es **dueño (o poseedor) de su derecho de usufructo**, y **mero tenedor** de la cosa sobre que recae su derecho.

[12] *In extensso*, se analizarán las características de la mera tenencia, v. gr., al analizar el arrendamiento, el usufructo, *et cetaræ res*.

tada, y por lo mismo en algún momento el mero tenedor tendrá que restituir;[13]

ii) Por regla general, el mero tenedor **no puede adquirir por prescripción** (usucapión). El artículo 716 dispone, que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2.510, regla tercera.[14]

iii) La mera tenencia es absoluta. Se es mero tenedor ***erga omnes***, tanto respecto del poseedor o dueño, cuanto respecto de terceros.

1.2.4) Normas e instituciones relacionadas con la mera tenencia

Sólo a título de referencia –y sin agotar la enumeración– son importantes dentro de la noción de mera tenencia las siguientes normas:

i) En el usufructo (art. 802): El usufructuario es responsable no sólo de sus propios hechos u omisiones, sino de los hechos ajenos a que su negligencia haya dado lugar. Por consiguiente, es responsable de las servidumbres que por su tolerancia haya dejado adquirir sobre el predio fructuario, y del perjuicio que las usurpaciones cometidas en la cosa fructuaria hayan inferido al dueño, si no las ha denunciado al propietario oportunamente pudiendo;

ii) En la acción reivindicatoria (art. 896): El mero tenedor de la cosa que se reivindica es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene;

iii) En la querella de reestablecimiento (art. 928):[15] Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, **sea de la mera tenencia**, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa

[13] Véanse los artículos 1.947, 2.180, 2.215, 2.401, 764.

[14] La regla tercera del artículo 2.510 señala: El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la **extraordinaria**, bajo las reglas que van a expresarse: **3ª.** Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: i) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; ii) Que el que alega la prescripción **pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo**. Véanse además los artículos 719, 730. Volveremos sobre este punto en la **prescripción adquisitiva extraordinaria**.

[15] Única acción posesoria que tiene el mero tenedor.

cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan;

iv) *En la responsabilidad extracontractual –delitos y cuasidelitos civiles–* (art. 2.315): Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño;

v) *En el delito de apropiación indebida* (art. 470 Nº 1 Código Penal): Las penas del artículo 467 se aplicarán también: A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla;

vi) *En los accidentes de tránsito.* Conforme el inciso segundo del artículo 174 de la Ley Nº 18.290,[16] además del conductor y del dueño del vehículo que ocasione daños con su uso, es también **civil y solidariamente responsable** el ***tenedor del vehículo a cualquier título***.

1.3) Alcances terminológicos en relación a la posesión

En este punto, queremos detenernos en acepciones que aparecen en nuestro Derecho, que no encuadran necesariamente con la definición legal de posesión del artículo 700;[17] y además, para facilitar un estudio sistémico de las instituciones civiles:[18]

---

[16] Modificado por la Ley Nº 20.068, publicada en el D.O. con fecha 10 de diciembre de 2005.

[17] *La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño (...)*

[18] Sobretodo para quienes preparan su examen de licenciatura. El debate doctrinal y la noción de **cuasiposesión**, **iuris possesio** o de **posesión impropia**, esto es, la que recae sobre cosas **incorporales (derechos reales y personales)**, se estudia en este trabajo dentro de la posesión propiamente tal.

Posesión legal (de la herencia): La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore. El que válidamente repudia una herencia se entiende no haberla poseído jamás (722); En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero (688).[19] Esta posesión, no requiere ni *corpus*, ni *animus*. Esta temática se analiza en Derecho Sucesorio.

Posesión efectiva (de la herencia): Resolución judicial (sucesión testada o intestadas abiertas en el extranjero) o administrativa (intestadas abiertas en Chile) que confiere al heredero su calidad de tal.[20] Este tema también se analiza en Derecho Sucesorio.[21]

Posesión notoria del estado civil: Esta temática la analizamos en el capítulo dedicado a los atributos de la personalidad, y se vuelve a tratar en Derecho de Familia. Una de las posibilidades de prueba del estado civil, es su **posesión notoria**.[22] El estado de las personas es susceptible de *posesión*, tomando este término en su sentido natural y obvio, mas no en su acepción legal y técnica contenida en el artículo 700. La posesión (en el estado civil),[23] *consistiría en pasar ante los ojos del público por tenerlo realmente*. Desde antaño, se resumieron los hechos que constituyen esta especial posesión, en los siguientes:[24] nombre (*nomen*), trato (*tractatus*), y fama. Esta fórmula es recogida en nuestro Código Civil, a propósito del estado civil de hijo (arts. 200, 201), y de casado (309, 310, 312, 313).

Posesión provisoria de los bienes del desaparecido: Aquí tampoco, el término posesión, está empleado en su acepción

[19] Véase el art. 956.

[20] Véase la Ley Nº 19.903. En su art. 1º inc. 1º dispone: *"Las posesiones efectivas de herencias, originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el **Servicio de Registro Civil e Identificación**, de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. Las demás serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil"*.

[21] El artículo 696 aunque habla de posesión efectiva, está haciendo referencia a la posesión real. **Art. 696:** *"Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la **posesión efectiva** del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena, pero esta disposición no regirá sino respecto de los títulos que se confieran después del término señalado en el reglamento antedicho"*.

[22] Vid. NAVARRO A., RENÉ, *"Generalidades y Fuentes (...)"*, ob. cit., p. 141.

[23] PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES, ob. cit., p., 74.

[24] Ibid.

técnica y legal contenida en el artículo 700. En efecto, y como ya se analizó al tratar las etapas del procedimiento de declaración judicial de la **muerte presunta**,[25] los herederos presuntivos son quienes se encargan de **administrar** los bienes del desaparecido, y en tanto administradores reconocen *dominio ajeno*, de esta suerte, malamente puede considerárseles como poseedores (sólo son meros tenedores).

Posesión definitiva de los bienes del desaparecido: Este tema también ya se analizó, y corresponde a la última etapa del procedimiento a que hicimos mención anteriormente. Este período comienza con la dictación del decreto judicial que la concede (aquí sí los herederos son poseedores).[26]

Posesión real: La definida en el artículo 700, a ella dedicaremos a continuación nuestra atención.[27]

2) GENERALIDADES Y CONCEPTO

En cuanto a las fuentes utilizadas por don Andrés de Jesús María y Josef Bello López, en relación a la Posesión,[28] se expresa que son las siguientes: dentro de las fuentes doctrinales, el *Tratado de la Posesión*, de Roberto José Pothier; dentro de las fuentes positivas, las Siete Partidas (particularmente la partida tercera), y el Corpus Iuris Civilis.

Etimológicamente hablando, según Colin y Capitant,[29] posesión deriva del término latino *posee*, que significaría *poder*, esto es, se posee una cosa cuando está en nuestro poder.

Como sabemos, nuestro Código Civil, se encargó de definir legalmente lo que se entiende por posesión en el artículo 700:

> **Art. 700:** *"La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.*

[25] NAVARRO A., RENÉ, *"Generalidades y Fuentes (...)"*, ob. cit., pp. 118 a 120.

[26] Ibid., pp. 121, 122.

[27] Algunos sostienen que la **cuasiposesión** es un tipo especial de posesión que no encuadra dentro de la nomenclatura del artículo 700. Ello, como ya dijimos, lo analizaremos en los acápites siguientes.

[28] PESCIO, ob. cit., p. 147 y ss.

[29] COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 625.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo".

3) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA POSESIÓN

Del examen del artículo 700, se advierten *dos elementos copulativos* e indispensables en la posesión; uno *objetivo* o *material* y el otro *subjetivo* o *sicológico*, estos son:

i) El ***corpus***, la tenencia de una cosa determinada (detentación); y
ii) El ***animus***, la intención o ánimo de señor o dueño (*animus domini*).[30]

3.1) La tenencia (*corpus*)

La tenencia consiste, en la detentación de la cosa, y se verifica (al tiempo de iniciarse) asiéndola[31] y (mientras perdura) manteniéndola bajo el poder del poseedor.[32]

En otras palabras, la tenencia o *corpus*, es el **conjunto de hechos**[33] que configuran la posesión: actos materiales de detentación, de uso, de goce y transformación, ejecutados sobre la cosa[34] (comportarse como dueño).

3.2) El ánimo de señor o dueño (*animus domini*)

Este elemento subjetivo, intelectual, volitivo o sicológico, se conoce también como *animus domini*, y consiste en la voluntad de tener la cosa como propia (creerse dueño).

Como señalan Colin y Capitant,[35] la posesión propiamente dicha supone, además (del *corpus*), un elemento sicológico o intelectual, que se designa con el nombre de *animus*, que es la intención, la voluntad (justificada o no) de ejercitar sobre una cosa un derecho, y, de un modo especial, el derecho de propiedad.

---

[30] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 466.

[31] Asiéndola, es parte de la conjugación del verbo **asir**, que en su primera acepción el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española define como: *"Tomar o coger con la mano, y, en general, tomar, coger, prender".*

[32] Recuérdese aquí el origen etimológico de la voz **posesión**. COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 625.

[33] Una serie ininterrumpida de los mismos.

[34] PESCIO, ob. cit., p. 151.

[35] Ob. cit., p. 625.

4) DOCTRINAS SOBRE LA POSESIÓN (REFERENCIA A SU NATURALEZA JURÍDICA)

Victorio Pescio V.,[36] señala que nuestro Código Civil fue ajeno a la controversia doctrinaria que existe respecto de la posesión. Los demás autores, expresan que el Código Civil chileno sería expresión de la teoría subjetiva o clásica.

Al respecto existen fundamentalmente dos[37] teorías que tratan de explicar la posesión: i) La teoría **subjetiva**, de la voluntad o clásica de Savigny; y ii). La teoría **objetiva** de Ihering.

Éstas, pretenden definir y explicar la naturaleza jurídica de la posesión. Para la teoría subjetiva, la posesión es la suma de los elementos *corpus* y *animus,* siendo más preponderante este último; para la teoría objetiva, el contacto material con la cosa es más relevante que la intención manifestada en el título que la justifica.

En torno a la naturaleza jurídica, los autores se han preguntado si la posesión ¿es un hecho o un derecho? De acuerdo a la postura clásica, la posesión es un hecho (protegido por la Ley), en otras palabras, un estado de hecho al que la Ley le asigna efectos jurídicos. Ihering, postula que la posesión es un derecho, en cuanto constituye un interés protegido por el ordenamiento jurídico.

Como señalamos, para la mayoría de los autores, el Código Civil sigue a este respecto la postura clásica sobre la posesión, señalando la doctrina que la posesión es un estado de hecho protegido por el derecho.[38] Pablo Rodríguez Grez,[39] señala que la posesión es un hecho, amparado en la ley y que tiene la virtud de transformarse en derecho.

Finalmente, aceptando que la posesión no es un derecho subjetivo, sino que una situación fáctica que reconoce y protege el ordenamiento jurídico, debemos enfatizar desde ya que no se trata de "un" hecho, sino que de una *serie ininterrumpida de hechos* que develen a los terceros el *corpus* y el *animus.*

---

[36] Ob. cit., p. 153 y 156.

[37] Existe una tercera posición mixta o ecléctica de Saleilles.

[38] ALESSANDRI, SOMARIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 358.

[39] RODRÍGUEZ G., PABLO, *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 13.

5) Imposibilidad de transferir y de transmitir la posesión[40]

Una de las consecuencias prácticas del debate doctrinal anterior, dice relación con la posibilidad o imposibilidad de transferir y/o transmitir la posesión. En efecto, la respuesta depende de la naturaleza jurídica de la posesión que se conciba. Si se concluye que la posesión es un derecho, diríamos que por regla general debiera transmitirse y transferirse; en cambio, si se sostiene que la posesión es un *factum*, debiera señalarse como respuesta la imposibilidad de transferir y de transmitir la posesión.

5.1) La posesión no se transmite

Como señalamos, en Chile la posesión no es un derecho, sino que un hecho; de esta suerte, no se puede transmitir (traspaso *mortis causæ*) porque en los hechos no hay sucesión: *in facta non est sucesio.*[41] Esta postura se sustenta en los artículos 688 y 722, conforme los cuales, la Ley confiere posesión al heredero aunque lo ignore; no la recibe de su causante, comienza en él (causahabiente o sucesor) una posesión nueva que no deriva de su predecesor; y principalmente, por lo dispuesto en el artículo 717. Este dispone: *"Sea que se suceda a título universal o singular,* ***la posesión del sucesor, principia en él****; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. Podrá agregarse en los mismos términos a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores".*

5.2) La posesión no se transfiere

Conforme la misma explicación anterior (la posesión en Chile es un hecho), la posesión tampoco se transfiere, esto es, no se traspasa por acto entre vivos. El mismo artículo 717 así lo avala, toda vez que al señalar *"principia en él"*, no está distinguiendo si el traspaso del antecesor al sucesor, es entre vivos o *mortis causæ*, ni tampoco si es a título universal o singular, y donde el legislador no distingue, no es lícito hacerlo al intérprete. Tampoco distingue el inciso primero del artículo 2.500, conforme el cual si una

---

[40] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 396; Pescio, ob. cit., p. 493; Peñailillo ob. cit., p. 249.

[41] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 396.

cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor **puede o no agregarse**[42] al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717. Como se aprecia, si se transfiriera la posesión *siempre*, el tiempo del antecesor se agregaría al del sucesor aun contra su voluntad, y esa es una *facultad o beneficio* que goza el causahabiente o sucesor. Finalmente, conforme el artículo 683 se enfatiza la idea de la independencia de las posesiones: La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho (art. 683).[43]

5.3) Consecuencias jurídicas de la imposibilidad de transmisión y transferencia de la posesión

El carácter intransmisible e intransferible de la posesión, trae como ventaja la posibilidad de *mejorar* los títulos de las propiedades, impidiendo que la posesión de los bienes pase al causahabiente (a título universal o singular) con los mismos vicios que tenía el antecesor; a menos que el causahabiente quiera agregarlo (art. 2.500).[44]

6) Ventajas de la posesión[45]

El poseedor tiene, conforme la Ley, las siguientes ventajas:

i) Presunción legal de dominio

De acuerdo al inciso segundo del artículo 700, *el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo*. Ésta, es una presun-

[42] Debemos señalar que esta temática, la volveremos a analizar cuando tratemos la **agregación de posesiones**.

[43] Por ejemplo (como lo veremos más adelante), el poseedor violento no puede adquirir por prescripción; pero si ese poseedor violento, transfiere la cosa, el adquirente de buena fe podría (si cumple con todos los requisitos legales) ganar el dominio por prescripción, justamente porque su nueva posesión es independiente de la posesión de su antecesor.

[44] Se ha señalado, que los artículos 696, 2.500 inc. 2º, 725, y 919 estarían en pugna con la tesis que señala la imposibilidad de transferir y transmitir la posesión. Véase Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., pp. 397 a 399.

[45] PESCIO, ob. cit., p. 158; Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 366.

ción *simplemente legal*,[46] vale decir, puede ser destruida mediante prueba en contrario. Constituye una especie de supuesto fundamental en la vida jurídica racionalmente organizada.[47] Ante los ojos de terceros, el poseedor se presume (es reputado) dueño; si alguien quiere discutirle el dominio, debe probar su calidad de propietario.

El mensaje expresa: *"Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio (...)"*.

ii) Constituye un requisito de la usucapión

El poseedor queda habilitado (cumpliendo los demás requisitos legales) para ganar el dominio por prescripción adquisitiva. Esta temática, se analizará con mayor detalle más adelante al hablar de la usucapión.

Como ya sabemos, el artículo 683, establece que la tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Por su parte, el artículo 2.498 señala, que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

iii) El poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos

Conforme el artículo 907 inciso tercero,[48] el poseedor de buena fe hace suyos los frutos de la cosa poseída por él.[49]

---

[46] **Art. 47:** *"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.* ***Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley****; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias"*.

[47] RODRÍGUEZ ob. cit., p. 17.

[48] Ubicado en las reglas sobre prestaciones mutuas.

[49] Como expresamos en su oportunidad, el inciso tercero del artículo 907, es un ejemplo de Ley como modo de adquirir.

iv) La posesión está protegida jurisdiccionalmente

Como lo veremos más adelante, las acciones (interdictos o querellas) posesorias y las tercerías de posesión[50] dentro de un juicio ejecutivo, protegen jurisdiccionalmente la posesión.

v) La llamada acción *publiciana*

La acción *publiciana*, es llamada "la acción reivindicatoria del *poseedor regular*", conforme lo señala el artículo 894.

> **Art. 894:** *"Se concede la misma acción* (la reivindicatoria)*, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la* ***posesión regular*** *de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.*
>
> *Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho".*[51]

7) Sujetos en la posesión

Bajo este acápite, analizaremos dos temas que dicen relación con los sujetos en la posesión, a saber:

i) capacidad para adquirir la posesión; y
ii) la posesión se adquiere para sí y para otro.

7.1) Capacidad para adquirir la posesión

> **Art. 723:** *"Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurran en ello la voluntad y la aprensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que competa.*
>
> *Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros".*

[50] Maturana M., Cristián, "Juicio Ejecutivo", Separatas Universidad de Chile, Santiago, 2004, p. 174.

[51] Alejandro Guzmán (ob. cit., p. 231), señala que es una contradicción asimilar la reivindicatoria a la publiciana como lo hace el Código Civil. La contradicción radica en que la publiciana no exige probar dominio, en tanto la reivindicatoria incluso es llamada oficialmente la acción de dominio; si bien con ambas se recupera la posesión perdida. Por lo tanto –concluye el autor– no puede ser *la misma acción* como expresa el artículo.

La voluntad requerida para adquirir la posesión, consiste en **querer apropiarse de la cosa que se está poseyendo**; por ello el artículo 723 inciso segundo, señala que los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.[52] Esto significa que los menores adultos, los interdictos por disipación, los impúberes mayores de siete años y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente, pueden adquirir la posesión de **cosas muebles** *por sí mismos*; pero (conforme el inciso primero) no pueden ejercer los derechos o facultades que la Ley reconoce al poseedor, sino conforme las **reglas generales de la capacidad**, esto es, y según el caso: sólo representados, autorizados o ratificados.[53]

En relación a los **inmuebles**, el Código no estableció una norma al respecto como la del artículo 723. Así las cosas, a falta de norma especial expresa, rigen las reglas generales de **capacidad de ejercicio** en relación a los inmuebles, vale decir, los incapaces pueden adquirir la posesión de los inmuebles conforme las reglas generales de capacidad de ejercicio, esto es, y según el caso: sólo representados, autorizados o ratificados.

7.2) La posesión se adquiere por sí mismo o por otro[54]

> **Art. 720:** *"La posesión puede tomarse no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, o por sus representantes legales"*.
>
> **Art. 700 inc. 1º:** *"(...) sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa* ***por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él****"*.

Concordante con el punto anterior, la posesión puede adquirirse (si se tiene capacidad para ello) en *forma directa* o *personalmente*, o bien *a través de otro*. Este otro, puede ser su *representante legal*, convencional (*mandatario*),[55] e incluso un *agente oficioso*.[56]

---

[52] Esta norma, debe relacionársela con la contenida en el artículo 2.319 inciso 1º (capacidad extracontractual). Su estudio corresponde a cursos superiores.

[53] Véase el artículo 251.

[54] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob., cit., p. 399; PESCIO, ob. cit., 419.

[55] Ésta, es una prueba que el mandato no sólo tiene por objeto los actos jurídicos, sino también *hechos jurídicos*, v. gr., la posesión. NAVARRO, *Teoría General del contrato (...)*, ob. cit., p. 222.

[56] 721 inc. 2º. El agente oficioso sería un representante *cuasicontractual*. Véase el artículo 2.286. La agencia oficiosa (uno de los tres principales cuasicontratos) se estudia en el capítulo de las fuentes de las obligaciones.

Art. 721: *"Si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento.*

Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario ni representante, no poseerá ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fue tomada a su nombre".

De esta suerte, pueden darse las siguientes hipótesis de adquisición:

i) Por sí mismo. Artículo 720 primera parte, si se tiene capacidad para ello;
ii) A través de representante legal[57] o convencional (mandatario).[58] Artículo 721 inciso primero;
iii) En virtud de la hipótesis del inciso final del artículo 720. Conforme la cual, quien adquiere para otro es un agente oficioso, pero requiere conocimiento y aceptación del interesado (art. 2.286).

[57] El artículo 43 del Código Civil, señala que son representantes legales de una persona el padre o la madre, el adoptante y su tutor o curador. Este artículo no es tan preciso. En efecto, una redacción correcta hubiere sido aquella que declarara que **son representantes legales de una persona,** ***el padre o madre que tuviere la patria potestad*** **o, en su caso, su guardador** (tutor o curador). Lo anterior, debido a que no es el padre o madre "a secas", el representante legal, sino que aquel de ellos que tenga la *patria potestad* sobre el menor (arts. 243, 253). Por su parte, la inclusión del adoptante es también inoficiosa, ya que éste pasa a tener respecto del adoptado la calidad y estado de padre o madre, respecto de su hijo de filiación adoptiva aplicándose en consecuencia la regla anteriormente enunciada; el artículo 37 de la **Ley de adopción** Nº 19.620, señala que *la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio.* Finalmente, sólo es aplicable a las personas **naturales**, la noción de representación legal, toda vez que las personas jurídicas actúan en la vida del Derecho a través de sus órganos, pudiendo ella misma nombrar representantes convencionales, habida consideración que a los entes ficticios no se los considera hoy en día como incapaces, y además porque sólo las personas naturales pueden tener **estado civil**.

[58] El mandato es un **contrato** en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario (art. 2116).

Conforme la explicación de don Luis Claro Solar,[59] el mandato supone en el mandante la voluntad de adquirir la posesión de la cosa que el mandatario recibe para él y en su nombre; lo mismo ocurre con el representante legal: los actos del que obra dentro de los límites de su representación legal se reputan actos del representado.

Lo anterior, no es más que la aplicación de la regla contenida en el artículo 1.448, conforme la cual, lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado (actuado) él mismo.

Con lo dicho, agreguemos los requisitos para la adquisición de la posesión a través de representante (legal o convencional):

i) Debe actuar el **mandatario** o el **representante legal** del poseedor;
ii) Éstos, deben obrar **dentro de los límites** de su mandato[60] o representación;[61]
iii) Es indispensable que el representante **declare expresamente** que actúa a favor de su representado.[62]

8) OBJETO DE LA POSESIÓN (COSAS SUSCEPTIBLES DE POSESIÓN)[63]

8.1) Generalidades

Respecto de las cosas que son susceptibles de posesión, esto es, aquellas que pueden ser objeto de la posesión, debemos remitirnos en primer lugar al artículo 700. Éste, señala que la posesión es la tenencia de una cosa determinada. Cuando habla de **cosa**, no hace ningún distingo, vale decir, se pueden poseer tanto cosas corporales, como incorporales, y –como sa-

[59] Ob. cit., T. VII, Nº 863.

[60] Vid. NAVARRO A., RENÉ, *Teoría General del contrato (...)*, ob. cit., p. 221 y ss.

[61] Esta misma exigencia, está contenida en el artículo 674, la que se concuerda con los artículos 672 y 673.

[62] Concuérdese con los incisos 2º y final del artículo 671.

[63] PESCIO, ob. cit., pp. 221 y ss.; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., pp. 367 y ss.; RODRÍGUEZ ob. cit., pp. 101 y ss.; GUZMÁN, ob. cit., pp. 149 y ss., 197 y ss.; ROZAS, ob. cit., pp. 211 y ss.; PEÑAILILLO, ob. cit., pp. 223 y ss.; BARROS, ob. cit., pp. 68 y ss.; BARROS E., ALFREDO, *Curso de Derecho Civil. Primer Año,* 2ª edición 1915, T. I. Nº 309.

bemos– cuando el legislador no distingue, no corresponde al intérprete hacerlo.

Esta afirmación anterior (como lo veremos más adelante), ha dado fuerte discusión doctrinal respecto de la posesión (*cuasi-posesión*) de las cosas incorporales, principalmente en torno a la posibilidad de poseer créditos o derechos personales.

Volviendo al artículo 700, éste nos expresa que la cosa susceptible de posesión, debe ser **determinada**, vale decir, no es posible concebir la posesión sobre cosas inciertas, o indicadas sólo por su género; dicho de otra manera, los géneros no son susceptibles de posesión.

A continuación, brevemente analizaremos qué cosas son susceptibles de posesión, principiando por las corporales, y luego por las incorporales (derechos reales y derechos personales).

8.2) Posesión de cosas corporales

8.2.1) Sólo las cosas corporales determinadas pueden poseerse

Se pueden poseer,[64] las **cosas corporales**, tanto muebles como inmuebles. Sólo se requiere que sean **cosa determinada** (art. 700), esto es, que no se trate de una cosa incierta o de un género, porque no es posible la posesión de una cosa incierta o genérica.[65]

Como señala Pescio,[66] la posesión pareciera ser una institución *propia, característica,* y *exclusiva* de las cosas corporales. Ello, porque la posesión *consiste* en la **tenencia**, la cual es sólo concebible respecto de aquellos bienes que tienen un ser real y pueden ser percibidos por los sentidos, y por lo demás, pueden ser *aprehendidos.*[67] Roberto J. Pothier,[68] señala que sólo las cosas corporales son susceptibles de posesión. La tenencia, como manera de aprovechamiento, no cabe sobre cosas incorporales en sí mismas.[69] El inciso primero del artículo 2.498 confirmaría

---

[64] Y aquí no hay discusión doctrinaria.

[65] Se discute en doctrina la posesión de **cosas compuestas o complejas**. Véase PESCIO, ob. cit., p. 223.

[66] Ibid., p. 221.

[67] Aquellos que se pueden **asir**. Véase la nota al pie, cuando hablamos de la **tenencia**.

[68] Recordemos que las enseñanzas de este autor francés (1699-1772), fue una fuente doctrinal utilizada por Bello en la preparación de las normas sobre posesión.

[69] GUZMÁN, ob. cit., p. 115.

la afirmación que sólo las cosas corporales son susceptibles de posesión: *"Se gana por prescripción el dominio de los bienes* ***corporales*** *raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales"*.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, al **destruirse** total y absolutamente la cosa corporal determinada, expira la posesión.[70]

8.2.2) Cosas corporales no susceptibles de posesión

Existen cosas corporales que no pueden ser objeto de posesión, ellas son:

i) Las genéricas e inciertas;
ii) Las que están fuera del comercio humano (*res extracomercii*);
iii) Los bienes nacionales de uso público.

8.3) Posesión (cuasiposesión) de las cosas incorporales[71]

8.3.1) Generalidades[72]

Ya dijimos, que el artículo 700 no distinguía al referirse a las cosas, esto es, conforme dicha norma pueden poseerse tanto

---

[70] PESCIO, ob. cit., pp. 224, 485 y ss.

[71] Forma parte de un curso de especialización o postgrado, el análisis de la posesión sobre la **propiedad intelectual** e **industrial**. Enrique Barros, señala que (al menos por extensión) en principio pareciera que resultan aplicables (a la propiedad intelectual e industrial) las normas sobre posesión, ya que una venta nula (de estos bienes) –por ejemplo– habilita a quien adquiere para ganar el dominio por prescripción. En el fondo, la finalidad de las normas sobre posesión es **consolidar situaciones jurídicas** (de hecho) y proteger la apariencia de derecho. El **derecho moral de autor** es imprescriptible porque su naturaleza se opone a la prescripción, es de carácter no pecuniario, su naturaleza es incompatible con la realización de actos posesorios (ob. cit., p. 69).

[72] Respecto de la **historia** del concepto de la **posesión de derechos**, véase GUZMÁN B., ALEJANDRO, *Las cosas incorporales (...)*, ob. cit., pp. 149 a 155. Se atribuiría a **Gayo**, el ser el primero quien habló de *quasi posssessio*, ibid. p. 151. **Gayo**, fue profesor, no necesariamente un jurisconsulto. Vivió en alguna provincia romana oriental, y desarrolló su labor docente y literaria en la época de los emperadores Antonio Pío y Marco Aurelio (siglo II d.C.). **Instituciones**, es su principal obra, libro de **enseñanza jurídica** (algo parecido a los manuales de hoy), dedicado a la enseñanza y formación de abogados, más que para juristas expertos o especialistas de la época. Este texto, ha tenido la suerte de llegar hasta nosotros con su texto íntegro y prácticamente inalterado. SAMPER P., FRANCISCO, *Instituciones Jurídicas de Gayo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

las cosas corporales, cuanto las incorporales, pero ambas deben ser *determinadas*. Esta afirmación se corrobora con la norma del artículo 715.

> **715:** *"La posesión de las **cosas incorporales** es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal"*.

Así las cosas, y conforme los artículos 700 y 715, la posesión cabe tanto respecto de cosas corporales (posesión), cuanto de cosas incorporales (cuasiposesión, también llamada *posesión impropia*).[73] Ahora bien, tampoco el artículo 715 distingue al referirse a las *cosas incorporales*, que conforme el artículo 576 son *derechos reales* y *personales*; ergo –y en principio– cuando el legislador no distingue, no corresponde al intérprete hacerlo.[74]

Ya expresamos que éste, no es un tema pacífico en doctrina,[75] por lo mismo, analizaremos a continuación la cuasiposesión, posesión impropia o *iuris possessio*, sobre los derechos reales y luego sobre los personales.

8.3.2) Cuasiposesión (posesión impropia) de los derechos reales

El Mensaje del Código Civil señala: *"(...) El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; **posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión** (...)"*.

Del texto citado, se desprendería –claramente– la posibilidad de poseer los derechos reales. A nuestro juicio, la hipótesis más clara, sería aquella en que alguien que se crea dueño (poseedor) de una cosa (bien) corporal, constituya sobre ésta un derecho real distinto al dominio, v. gr., un **usufructo**. Si el constituyente no es el dueño, mal puede este tercero ser *titular propiamente tal* (dueño) del derecho real de usufructo sobre la misma; sin embargo, tiene la apariencia, se comporta, lo ejercita y se cree tal. En este entendido, este tercero es sólo un **poseedor del derecho de usufructo**, situación jurídica que (cumpliendo los demás re-

[73] GUZMÁN, ob. cit., p. 161, Nº VI.

[74] A propósito del vicio de **error** en la **transacción** (y su carácter *intuito personæ* por disposición de la Ley) el artículo **2.456 inciso final** se refiere al **poseedor aparente de un derecho**: *"(...) si se transige con el **poseedor aparente de un derecho**, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho"*.

[75] Para muestra, véase la bibliografía citada en este trabajo, en el acápite dedicado al **objeto en la posesión**.

quisitos legales) podrá consolidar al adquirir por usucapión la titularidad (dominio) sobre dicho derecho de usufructo.

Como señalan Pescio[76] y Peñailillo,[77] no debe confundirse esta noción de cuasiposesión o posesión de derechos reales, con la dualidad de situaciones que pueden producirse respecto de los derechos reales: se es poseedor del derecho real, pero *mero tenedor* de la cosa sobre la que se ejerce (poseo el derecho de usufructo, pero soy mero tenedor de la cosa fructuaria).

Que los derechos reales puedan poseerse, no es necesariamente una afirmación errada, considerando además que esta clase de bienes puede adquirirse (cumpliendo los demás requisitos legales) por usucapión, conforme lo señalado en el inciso segundo del artículo 2.498.

> **Art. 2.498:** *"Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.*
>
> ***Se ganan de la misma manera los otros derechos reales** que no están especialmente exceptuados".*

Con todo, Alejandro Guzmán Brito,[78] señala que la posesión (cuasiposesión) de derechos reales consta de dos elementos: i). titularidad al menos aparente de un derecho real, y ii). ejercicio del contenido típico de ese derecho operado de hecho sobre una cosa corporal.[79]

Como expresamos precedentemente, este tema no es pacífico y se discute también, respecto de si la cuasiposesión es factible en **todos** los derechos reales. Conforme la generalidad del artículo 715, debiéramos responder afirmativamente.[80] Sin embargo, el artículo 882[81] impide ganar por prescripción adquisitiva las

---

[76] Ob. cit., p. 233.

[77] Ob. cit., p. 225.

[78] Ob. cit., p. 157 a 162.

[79] No obstante, este mismo autor, expresa que **propiamente hablando**, los derechos reales no pueden poseerse, y que cuando decimos posesión de tales derechos –comenta– nos estamos refiriendo a algo **totalmente distinto** a aquello denotado en la nomenclatura (del artículo 700).

[80] Conforme el inciso final del artículo 2.498 no: "*Se ganan de la misma manera los otros derechos reales* ***que no están especialmente exceptuados***".

[81] **Art. 882:** *"Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título, ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas. Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años".*

servidumbres discontinuas[82] y las **continuas inaparentes**[83], y la justificación de ello, radicaría en que **no pueden poseerse**. Además, el artículo 917 excluye de la protección posesoria los casos señalados en el artículo 882, y el 922 limita las mismas acciones posesorias al *usufructuario, usuario* y *habitador.*[84]

8.3.3) Cuasiposesión de los créditos o derechos personales

La principal norma del Código Civil que genera este debate es el inciso segundo del artículo 1.576:[85]

> **Art. 1.576 inc. 2º:** *"El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en* ***posesión del crédito****, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".*

Algunos autores,[86] sostienen que es factible la posesión de los derechos personales o créditos. Pescio,[87] encabeza a aquellos que no aceptan la posesión de los derechos personales, entre otras razones, porque un crédito se agota al ejercitarlo.[88] Un segundo

---

[82] Según cómo se ejercen (y por un hecho actual del hombre) las servidumbres pueden ser **continuas** y **discontinuas**: Servidumbre continua es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, sin necesidad de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto por un canal artificial que pertenece al predio dominante; y **servidumbre discontinua** la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y **supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito** (art. 822).

[83] Según las señales que tengan o no, las servidumbres se clasifican en **aparentes** e **inaparentes**: Servidumbre aparente es la que **está continuamente a la vista**, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él; e **inaparente**, la que **no se conoce por una señal exterior**, como la misma de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas (art. 824).

[84] Existen otros casos doctrinales, véase Pescio, ob. cit., p. 232; Rodríguez, ob. cit., p. 107.

[85] También se citan como ejemplos los artículos 1.907 y 2.456 inciso final. **Art. 1.907:** *"El que* ***cede un crédito a título oneroso****, se hace responsable de su existencia al tiempo de la cesión, esto es,* ***de que verdaderamente le pertenecía*** *en ese tiempo (...)";* **Art. 2.456 inciso final:** *"(...) si se transige con el* ***poseedor aparente de un derecho****, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho".*

[86] Peñailillo, cita a **Alfredo Barros Errázuriz** y a **Hugo Rossende**, como parte de la doctrina que acepta la posesión de los derechos personales, basándose principalmente en el tenor del artículo 715 (ob. cit., p. 224). En el mismo sentido anterior, **Fernando Rozas Vial** (ob. cit., p. 212).

[87] Ob. cit., p. 230.

[88] Sin embargo, este argumento cae, en los casos en que se realicen actos de poseedor sin agotarse: en los **contratos de tracto sucesivo**, se extinguen las obligaciones y vuelven a nacer otras, v. gr., en el arrendamiento: se paga la renta de un mes, y vuelve a nacer la del siguiente.

argumento, viene dado por el tenor del inciso segundo del artículo 2.498, el cual excluye de la usucapión a los derechos personales. Un tercer argumento, está en el Mensaje del Código Civil: "(...) *El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión.* ***Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato*** *(...)*". Un cuarto argumento, se puede tomar de las reglas de capacidad para adquirir la posesión previamente estudiadas, dentro de las cuales ni la doctrina ni el Código expresan la capacidad para adquirir la posesión de cosas incorporales. Un quinto argumento, sería el artículo 1.576 inciso segundo, que regula –según René Abeliuk M.-[89] un caso de **error común** en el derecho, y no es posesión porque ésta es propia de las cosas corporales y los derechos reales, y lo que más las diferencia es que la posesión conduce a la usucapión, y el efecto de la norma del inciso segundo del artículo 1.576 es legitimar el pago a quien se creía de buena fe como dueño (poseedor), aunque no lo fuere.[90]

Alejandro Guzmán,[91] también niega tal posibilidad; sin embargo, acepta la posesión de un derecho personal sólo en los casos de **créditos que consten en un documento o papel** (título) y los que forman parte del contenido del **derecho real de herencia**.[92]

La discusión –no obstante la ardua batalla– sigue abierta.

9) SE PUEDE POSEER POR VARIOS TÍTULOS

Art. 701: *"Se puede poseer una cosa por varios títulos"*.

Una de las notas diferenciadoras entre posesión y dominio, viene dada porque este último sólo puede adquirirse por **un** modo (y un título); en cambio, la posesión puede ser adquirida por varios títulos (modos).

---

[89] ABELIUK M., RENÉ, *"Las obligaciones"*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1985, p. 391.

[90] Este artículo 1.576 se vuelve a tratar, al estudiar el **pago** y sus formas.

[91] Ob. cit., p. 161.

[92] Si el heredero no es tal, no adquiere el dominio del contenido del derecho real de herencia (dentro del cual puede encontrarse un **derecho personal**), sino que tan sólo su **posesión**. Abeliuk (ob. cit., p. 392) agrega otro ejemplo: si se paga al cesionario del crédito y posteriormente esa cesión se anula, el deudor pagó bien porque el cesionario era poseedor del crédito.

10) Clasificaciones de la posesión

Según la *cosa* que se posea, la posesión se puede clasificar en *propiamente tal* o *real* (cosas corporales) y en *impropia, cuasiposesión* o *iuris possessio* (cosas incorporales).

Según proceda o no la *usucapión,* se clasifica la posesión en posesión *útil* e *inútil.* Útiles, las que posibilitan la adquisición por usucapión. Posesiones inútiles,[93] aquellas que por los defectos que adolecen no conducen a la adquisición por prescripción.

Según adolezca o no de *vicios,* se clasifica la posesión en *viciosa* (violencia o clandestinidad) y posesión *no viciosa* (exenta de vicios).

Conforme los artículos 2.501 a 2.503, la posesión se clasifica en posesión *interrumpida* y *no interrumpida.* Posesión interrumpida es la que ha sufrido interrupción natural[94] o civil,[95] posesión no interrumpida la que no ha sufrido ningún tipo de interrupción.[96]

Finalmente, según se reúna o no con los requisitos del artículo 702, la posesión puede ser *regular* o *irregular.*

11) Posesión regular

11.1) Generalidades y concepto

Art. 702 inc. 1º a 3º: *"La posesión puede ser regular o irregular.*

Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de

[93] Rodríguez, ob. cit., p. 13.

[94] Conforme el artículo **2.502**, ***La interrupción es natural***: 1) Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada; 2) Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. La interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título *De las acciones posesorias,* pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

[95] Conforme el artículo 2.503, ***Interrupción civil*** es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes: 1) Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal; 2) Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia; 3) Si el demandado obtuvo sentencia de absolución. En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

[96] La interrupción de la posesión, se analiza al tratar la *prescripción adquisitiva.*

adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición".

Se define la posesión regular como la que procede de **justo título** y ha sido adquirida de **buena fe**; y en algunos casos –cuando el título es translaticio de dominio– es necesario además **tradición**.

Son elementos constitutivos de la *posesión regular* el **justo título** (si éste es translaticio de dominio, además la **tradición**) y la **buena fe**. Esto significa que la tradición sólo se exige cuando el título es translaticio de dominio. La buena fe debe estar presente al momento inicial de la posesión.

Lo que interesa al legislador, es que el poseedor **crea** (al momento de asumir la tenencia de la cosa) **que está adquiriendo el dominio**.[97] El poseedor regular, al adquirir la posesión, está íntimamente convencido que es dueño, porque ha adquirido conforme a un título justo, de quien ostenta la propiedad con facultad para enajenar, y no tiene conciencia que le afecte un fraude o vicio. Además, si el título es translaticio de dominio, la cosa ha sido objeto de tradición.[98]

11.2) Título y justo título (título en materia posesoria)

La Ley no define ni *título* (en materia de posesión), ni tampoco *justo título*. El Código sólo señala qué títulos *no son justos* en el artículo 704, y en el artículo 703 se limita a *clasificar el justo título* en constitutivo o translaticio de dominio.

Luis Claro Solar,[99] señala que título de posesión es el acto o contrato que sirve de antecedente a la posesión. Victorio Pescio,[100] expresa que se entiende por título de posesión *la causa que justifica o en que se funda la posesión.*

[97] RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 27.
[98] Ibid., p. 28.
[99] Ob. cit., T. VII Nº 822.
[100] Ob. cit., p. 181.

Peñailillo,[101] expresa que título es el hecho o acto en el que se funda la posesión; y **título justo**, *el que por su naturaleza es apto para atribuir el dominio, siendo auténtico, real y válido.*

El rol natural de los llamados títulos constitutivos y translaticios de dominio es precisamente conferir dominio: por ello provocan en el adquirente la **convicción** que es dueño, mas sólo lo dejan en posesión.

Por esta razón, los títulos que pueden invocarse para alegar la posesión, son precisamente **los modos de adquirir el dominio**.[102]

Para calificar el título de justo, no se toma en consideración si el sujeto de quien emana es verdaderamente dueño,[103] se miran entones *en abstracto.*

Se apuntan como *características* del justo título, las siguientes:[104]

i) Debe tener aptitud suficiente para atribuir el dominio, quedando (en principio)[105] excluidos los de mera tenencia;
ii) Debe ser real o verdadero; y
iii) Válido.

11.3) Tipologías de justos títulos

El artículo 703 inciso primero, entrega la primera clasificación de títulos justos, al señalar: *"El justo título es constitutivo o translaticio de dominio"*. A estas dos tipologías, la doctrina agrega las nociones de títulos declarativos y la de título derivativo o *mortis causæ.* Con ello, los títulos justos que procede analizar a continuación son:

i) Los títulos **constitutivos** de dominio;
ii) Los títulos **translaticios** de dominio;
iii) Los títulos **declarativos** de dominio; y
iv) El título **derivativo** o *mortis causæ.*

A) Títulos constitutivos de dominio

A esta tipología, llamada títulos **constitutivos** de dominio, corresponden los **modos de adquirir originarios**, vale decir, aquellos que sirven para constituir el dominio originariamente

[101] Ob. cit., p. 226.
[102] RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 28.
[103] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 370.
[104] Ibid.
[105] Recuérdense los artículos 716 y 2510 regla tercera.

en el titular. Pescio,[106] prefiere llamarlos títulos constitutivos de la posesión regular.

El artículo 703 inciso segundo, señala que son constitutivos de dominio la ocupación, la accesión y la prescripción. Éstos, producirían al mismo tiempo la adquisición del dominio y de la posesión (o dependiendo del caso, sólo la posesión).

La ocupación y la accesión ya fueron estudiados, al hablar de los modos de adquirir el dominio.

La prescripción como título justo de la posesión (o modo de adquirir la misma) es controvertida en doctrina. En efecto, Luis Claro Solar sostiene que es un error considerar a la prescripción adquisitiva como un título posesorio, toda vez que la posesión es un requisito de la usucapión y no puede ser a la vez (la usucapión) causa y efecto de aquélla (la posesión). A menos que el Código, haya querido significar que la prescripción adquisitiva, justifique la posesión subsiguiente a que el prescribiente tiene derecho como dueño,[107] o sea vista aquí la posesión, en su faceta de cuarto atributo o facultad del dominio (*ius possidendi*).[108]

B) Títulos translaticios de dominio y la tradición

a) Generalidades

Los títulos **translaticios** de dominio, justifican la posesión regular.

> **Art. 702 inc. 3º:** *"Son translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos".*

Recordemos que, debemos sumar aquí como requisito de la posesión regular, a la **tradición**, puesto que el artículo 702 inciso tercero así lo exige: *"Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición".*

b) Clases de títulos translaticios de dominio

Como sabemos, son títulos translaticios de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo.[109] A esta clase pertene-

[106] Ob. cit., p. 187.
[107] CLARO SOLAR, ob. cit., T. VII Nº 823.
[108] Véase en este trabajo "La posesión como un atributo más del dominio".
[109] El Nº 5 primera parte, del artículo 684 los llama **títulos de enajenación**.

cen la *compraventa*, la *permuta*, la *donación*, el *aporte en propiedad a una sociedad*,[110] y la *transacción* cuando recae sobre un objeto no disputado (art. 703 inciso final, última parte).[111]

c) La tradición como requisito de la posesión regular

Art. 703 inc. 3º: "*Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición*".

Cuando la posesión arranca de un título translaticio de dominio, es preciso además que se realice tradición. Tratándose de los títulos constitutivos (originarios), no se requiere tradición, porque importan un modo de adquirir que por sí mismos confieren la posesión; pero los títulos translaticios de dominio (como la compraventa) sólo generan un derecho personal para exigir la tradición, y es esta última la que recién coloca a la cosa en poder del adquirente.[112]

La tradición cumple aquí, el rol de iniciar la posesión propiamente dicha, y ello se confirma con lo dispuesto en el artículo 683 ya estudiado (*traditio non domino*).

C) Títulos declarativos de dominio

a) Concepto y ejemplos

Esta tipología denominada títulos **declarativos** de dominio, es agregada por la doctrina. Son definidos como aquellos que se limitan a reconocer o declarar el dominio (o posesión) preexistentes. Nada crean ni transfieren; sólo confirman, reconocen o verifican una situación ya existente.[113]

---

[110] Véanse los artículos 2.055, 2.082.

[111] La transacción, está parcialmente definida en el artículo 2.446. Una definición completa, expresa que **transacción** *es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, efectuándose éstas concesiones recíprocas.* Dentro de estas "*concesiones recíprocas*", cabe transferir la propiedad de un bien no comprendido en el **pleito de relevancia jurídica**, que en virtud de la transacción se termina extrajudicialmente o se precave si aún no se ha iniciado. Por ello, el inciso final del artículo 703 dispone: *"Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título; **pero en cuanto transfieren la propiedad de un objeto no disputado, constituyen un título nuevo**"*. Así las cosas, el título translaticio de dominio será la **transacción** y el modo de adquirir la **tradición**.

[112] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 388.

[113] Ibid., p. 372.

A este tipo de títulos, se refiere la primera parte del artículo 703 inciso final al hablar de la transacción: *"Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes, no forman nuevo título (...)"*.

Es también ejemplo de título declarativo, el contenido en el inciso quinto del artículo 703: *"Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos no forman nuevo título para legitimar la posesión"*. La sentencia sobre la especie cuya propiedad se litiga (derechos litigiosos)[114] es un título declarativo, porque ésta solamente reconocerá o verificará una situación existente con anterioridad al juicio.

Como señala Daniel Peñailillo,[115] es justificado que la sentencia no constituya nuevo título, porque lo normal es que las sentencias no creen derechos o situaciones; sólo declaran derechos preexistentes, aclaran situaciones conflictivas. Además, privándoles de esa virtud de formar nuevo título, se evita que se fragüen litigios (con una parte coludida) por quienes carecen de título, o lo tienen injusto, para conquistar con el fallo uno irreprochable.

[114] A nuestro juicio, el legislador empleó erradamente la voz *derecho litigioso*. Creemos que es preferible utilizar la voz *especie cuya propiedad se litiga*, habida consideración a los argumentos planteados a propósito de la figura de la cesión de los **derechos litigiosos**. Véase NAVARRO, *Teoría General de los contratos (...)*, ob. cit., p. 176. Como allí expresamos, es menester precisar dos conceptos que no podemos confundir y son: las cosas litigiosas y los derechos litigiosos. *Cosas litigiosas*, según el artículo 1.464 del Código Civil y según los artículos 296 inciso 2º y 297 inciso 1º del Código de Procedimiento Civil, son aquellas *especies cuya propiedad se litiga*, y en cuya enajenación hay objeto ilícito si se ha dictado prohibición de enajenar por el tribunal competente, la que debe inscribirse en el caso de los inmuebles. ***Derechos litigiosos***, son aquellos que se debaten ante los tribunales de justicia, aquellos que son objeto de discusión judicial. Tanto las *cosas litigiosas*, como los *derechos litigiosos* pueden ser objeto de un acto jurídico, siempre que se cumpla con los requisitos determinados por el legislador; pero en uno y otro caso el contrato recae sobre objetos muy distintos. Hay venta de **cosa litigiosa cuando el contrato recae sobre la cosa corporal misma cuya propiedad se litiga**; en cambio hay venta de derechos litigiosos, cuando lo que el vendedor se obliga a ceder es: *"**el evento incierto de la litis**, del que no se hace responsable el cedente"*. La venta de cosa litigiosa es nula absolutamente por ilicitud del objeto, a menos que se efectúe con permiso del juez que conoce del litigio. La venta de derechos litigiosos –y también su posterior cesión– es perfectamente válida, aunque sea un acto eminentemente **aleatorio**, porque su objeto es una contingencia incierta de ganancia o pérdida: ganar o perder el pleito.

[115] Ob. cit., p. 233.

b) Problemática de las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición

En principio, debiéramos concluir que las **sentencias de adjudicación en juicios divisorios**, [116] y los **actos legales de partición**[117] son especies de títulos translaticios de dominio, conforme lo señala el inciso cuarto del artículo 703.

Sin embargo, y en relación al *dominio*, el Código Civil habría establecido para la adjudicación un efecto declarativo (art. 1.344), esto es, el adjudicatario es considerado dueño de lo que recibe en adjudicación, desde el día en que se originó la comunidad y no desde el día que se le adjudicó.

En relación a la *posesión*, para algunos tiene igualmente efecto declarativo (título declarativo); cuando el artículo 703 las considera título translaticio, se está refiriendo a las **adjudicaciones** efectuadas a extraños, esto es, terceros que no son comuneros.[118] Julio Verdugo,[119] sostiene que en materia posesoria estas sentencias son justo título. Para Pescio,[120] su asimilación a los títulos translaticios es circunstancial y se refiere a servir de título que justifica la posesión regular.

D) Título derivativo de dominio o mortis causæ

La sucesión por causa de muerte no es un título translaticio de dominio, porque no hay **transferencia** de los bienes, sino que **transmisión** de los mismos. Por ello, la doctrina denomina a la sucesión por causa de muerte como *título derivativo de dominio*, que supone un traspaso amplio (incluyendo el *mortis causæ*). La sucesión por causa de muerte, habilita al heredero para la posesión regular de los bienes hereditarios de que el difunto era poseedor con justo título.[121]

[116] Ésta, es la sentencia del juez partidor. La partición es un conjunto de operaciones que tienen por objeto separar, dividir y repartir la cosa o cosas comunes entre los comuneros, a prorrata de sus respectivas cuotas. La adjudicación es el acto por el cual el derecho que cada comunero tenía, se singulariza en forma exclusiva.

[117] Convención en virtud de la cual, los comuneros voluntariamente ponen fin a la indivisión. Esta temática se analiza en Derecho Sucesorio, en el capítulo de la Partición de Bienes.

[118] Verbigracia, remate en el proceso particional.

[119] VERDUGO, JULIO, "Del título en la posesión", Memoria de Licenciatura, Universidad de Concepción, año 1944.

[120] ob. cit., p. 191.

[121] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 373.

11.4) Títulos injustos

Ya se dijo que el Código Civil no definió justo título, pero sí enumeró los títulos injustos en el artículo 704, al decir *"no es justo título"*. Por oposición entonces, justo título es aquel apto para atribuir en abstracto el dominio, siendo verdadero, real y válido.

Tampoco el Código, definió título injusto, sólo enumeró los que no son justo título en el citado artículo 704. Esta enumeración es **taxativa**, pero a la vez no específica, sino que genérica.[122]

Los títulos injustos, se caracterizan por la presencia de vicios o defectos que impiden *en abstracto*[123] la transferencia del dominio.[124]

Art. 704: *"No es justo título:*

1º. El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;

2º. El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;

3º. El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido; y

4º. El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto o resolución; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido legalmente ejecutado".

i) Artículo 704 Nº 1: Título falsificado

No es justo título el falsificado,[125] esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende.

---

[122] Especialmente el Nº 3 del artículo 704. Ibid., p. 377.

[123] Se mira a la regularidad del acto, no si el tradente es o no dueño (por ejemplo).

[124] Calificar o caracterizar un título de justo o injusto, es una cuestión de Derecho, no de hecho. Sentencia de la Corte Suprema del año 1954. Rep., p. 169.

[125] En doctrina se distingue: i). **La falsificación propiamente tal**, que consiste en la **creación completa** de un instrumento que en realidad no existe (forjamiento); ii) **La falsedad material**, aquella en donde se altera el contenido material de un documento real, a través de adiciones o enmiendas; y iii) **La falsedad intelectual**

La jurisprudencia ha señalado,[126] que un título es falso:[127]

- Cuando no ha sido realmente otorgado por la(s) persona(s) que aparece(n) interviniendo;
- Cuando no ha sido efectivamente autorizado por los funcionarios competentes que aparecen interviniendo;
- Cuando ha sido adulterado en condiciones que alteran o cambian su naturaleza jurídica.

ii) Artículo 704 Nº 2: Título conferido por una persona en calidad de representante de otra sin serlo

No es justo título, el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo.[128]

En este caso, el título es injusto porque ha sido otorgado por una persona que no tiene la representación de quien dice representar y, por esta razón, este acto no empece al supuestamente representado (le es inoponible),[129] y por consiguiente, a su respecto es como si no se hubiere realizado. También es injusto el título otorgado por un representante legal que diga relación con los bienes de su representado, pero que no se relacione con el poder de representación legal que tiene el representante.

La falta de representación legal o convencional se produce no sólo cuando jamás ha existido representación legal o convencional, sino también cuando éstas han existido, pero el representante se extralimita en sus poderes, vale decir, cuando va más allá de las atribuciones que le fueron conferidas (por Ley o por el contrato).

o la falta de autenticidad, que consiste en ser falsos los hechos declarados o certificados por el funcionario. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 377. **Véase además el artículo 17**.

[126] Rep., pp. 167 y ss.

[127] La falta de veracidad de los otorgantes no califica al título de injusto, por ejemplo el artículo 1.815.

[128] Aquí estamos frente a la figura de extralimitación de poderes. Véase respecto del mandato NAVARRO, *Teoría General del contrato (...)*, ob. cit., p. 239.

[129] Se trataría de una **inoponibilidad por falta de concurrencia**. Ibid nota anterior, p. 241. **Sin perjuicio de la ratificación**: La validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (art. 705); Será, sin embargo, obligado el mandante si hubiere ratificado expresa o tácitamente cualesquiera obligaciones contraídas a su nombre (art. 2.160 inc. 2º).

iii) Artículo 704 Nº 3: Título Nulo

No es justo título, el que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido.

La nulidad a que hace referencia el Nº 3 del artículo 704, puede ser tanto la nulidad *absoluta* como la *relativa*, porque el legislador no distingue.[130]

En cambio, la norma del artículo 705 es sólo aplicable a los casos de *nulidad relativa*, puesto que no cabe el saneamiento *por voluntad de las partes* en la nulidad absoluta (art. 1.683, parte final).

> **Art. 705:** *"La validación del título que en su principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título".*

iv) Artículo 704 Nº 4: Título Putativo

Título putativo es el aparente, el cual no tiene existencia real. El Nº 4 del artículo 704, dispone que no es justo título el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc. Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial o resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto o resolución;[131] como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido legalmente ejecutado.[132]

[130] Debemos recordar aquí, que la nulidad sólo opera una vez que es *declarada judicialmente*, a través de una *sentencia firme y ejecutoriada*. Antes de ello, el acto goza de la *presunción de validez del acto jurídico* (no es nulo, sólo anulable). Las acciones de nulidad prescriben: *nulidad absoluta* en 10 años; *nulidad relativa*, 4 años. Para computar los plazos, depende de cada caso, véanse los artículos 1.683 parte final, 1.691 y 1.692.

[131] Este artículo se modificó con la Ley Nº 19.903 que regula las posesiones efectivas de las herencias intestadas. En su art. 1º inc. 1º dispone: *"Las posesiones efectivas de herencias, originadas en sucesiones intestadas abiertas en Chile, serán tramitadas ante el* ***Servicio de Registro Civil e Identificación****, de conformidad a lo dispuesto en la presente ley. Las demás serán conocidas por el tribunal competente de acuerdo a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil".*

[132] Esta temática se analiza en profundidad en Derecho Sucesorio.

11.5) La buena fe

A) Nociones de buena fe en el Derecho Civil

Carlos Ducci Claro,[133] señala que la buena fe es un principio fundamental en nuestro Derecho Privado.

Existen en nuestro medio, las teorías *dualista* y *monista* de la buena fe. La primera, entendida como una diferenciación entre la buena fe *sicológica* o *como creencia* o *convicción sobre la legitimidad de una situación*; y la buena fe *ética* o *moral*, entendida como *la honradez* y *probidad*. La segunda, trata de conciliar ambas nociones, afirmando *su unidad esencial*.[134]

En el estudio del Derecho Civil, se aprecia que la *buena fe* es un *principio general*, y además, se aplica en diferentes categorías jurídicas independientes y que se estudian en diferentes partes del programa.

En efecto, en el capítulo de los *actos jurídicos*, uno de los tres vicios del consentimiento es el *dolo*. Éste, en su llamado aspecto tridimencional,[135] evidentemente se contrapone a la *buena fe*. En el estudio de la Teoría General del Contrato, se analizará el *principio de ejecución de buena fe en los contratos*, contenido en el artículo 1.546.[136] Al analizar el matrimonio, se estudiará la *institución del matrimonio putativo* dentro de los efectos de la nulidad matrimonial, el cual es aplicable al cónyuge de *buena fe*;[137] por otro lado, uno de los factores a determinar por el juez en la *compensación económica*[138] producto de una ruptura conyugal, es justamente la *buena* o *mala fe* de los cónyuges (art. 62 LMC).[139]

---

[133] DUCCI C., CARLOS, *"Derecho Civil. Parte General"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 28 y ss.

[134] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 381.

[135] **Tridimencionalidad del dolo**: dolo *vicio del consentimiento*, dolo *agravante de la responsabilidad contractual*, dolo *elemento subjetivo de la responsabilidad extracontractual*.

[136] **Art. 1.546:** *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella"*. Véase NAVARRO, *"Teoría General…"*, ob. cit., p. 19.

[137] Véase el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil Nº 19.947.

[138] **Art. 61 LMC:** *"Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa"*.

[139] Según Ducci (ob. cit., p. 29), más de cuarenta disposiciones del Código

Además de todo lo anterior, existe una *buena fe en materia posesoria* y es la que corresponde estudiar a continuación.

B) La buena fe en materia posesoria

Art. 706: *"La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.*

Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Art. 707: *"La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.*

En todos los otros la mala fe deberá probarse".

a) Concepto

La buena fe es el elemento ético de la posesión regular, en contraposición al título que es un elemento técnico.[140]

En materia posesoria, el legislador definió lo que debe entenderse por buena fe en el inciso primero del artículo 706: *"La buena fe es la* ***conciencia*** *de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio"*, y el inciso segundo agrega: *"Así en los títulos translaticios de dominio la buena fe supone la* ***persuasión*** *de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato"*. Las palabras conciencia y persuasión, utilizadas en los incisos primero y segundo del artículo 706, traducen una **convicción en el sujeto**, **un convencimiento de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos**.

se refieren a la buena fe y otras tantas a la mala fe. Recordemos que también se aplica esta noción, en la *accesión de mueble a mueble* (arts. 658, 662, etc.).

[140] PESCIO, ob. cit., p. 199.

b) Momento en que debe darse

El artículo 702 inciso segundo, expresa que la buena fe es uno de los requisitos de la posesión regular, y dispone: *"aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular"*.

De ello se desprende, que la buena fe requerida es una buena fe *inicial*, esto es, debe darse al principio de la posesión.

c) La buena fe es personal

La buena fe es un elemento individual o personal, y exige una consideración caso a caso.[141] Por lo mismo, la buena o mala fe no se traspasa de un poseedor a otro.[142]

d) El error en la buena fe

Como señala don Luis Claro Solar,[143] en materia posesoria el error puede referirse a un **hecho** determinado de la posesión, o al **Derecho**, es decir, a las disposiciones legales que establecen las condiciones de validez del acto del que procede la posesión.

Así las cosas, en materia posesoria y particularmente en la buena fe posesoria, existen dos tipos de error: i). error de hecho y ii). error de Derecho.

i) Error de hecho: El error de hecho se refiere a un aspecto fáctico determinado de la posesión. El inciso tercero del artículo 706, dispone que *un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe*.

Como concepto, diremos que *un justo error de hecho* es aquel que tiene razón o fundamento, aquel que es justificable o creíble. Por ejemplo,[144] habría justo error de hecho, si la compra se hiciere a

---

[141] Sentencia de la Corte Suprema del año 1928. RDJ, T. XXVI, secc. 1º, p. 241.

[142] Recordemos que el carácter **intransmisible** e **intransferible de la posesión**, trae como ventaja la posibilidad de *mejorar* los títulos de las propiedades, impidiendo que la posesión de los bienes pase al causahabiente (a título universal o singular) con los mismos vicios que tenía el antecesor; a menos que el causahabiente quiera agregarlo (art. 2.500). Por lo mismo, la buena fe –como requisito constitutivo de la posesión regular– es un **hecho** que establecen soberanamente los jueces del fondo (Sentencia Corte Suprema año 1905, RDJ, T.III, secc. 1º, p. 161).

[143] Ob. cit., T. VII Nº 832.

[144] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 385.

un menor de edad que afirma ser mayor y cuya apariencia física así lo confunde.

ii) Error de Derecho: Se refiere a las disposiciones legales que establecen las condiciones de validez del acto del que procede la posesión. Dispone el artículo 706 inciso final: *"Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario"*. La presunción aquí establecida, claramente es una **presunción de Derecho** y no una simplemente legal, puesto que no admite prueba en contrario (inc. final art. 47).[145]

Un aspecto muy relevante en este punto, es afirmar que la presunción de mala fe –que establece el inciso final del artículo 706– es de aplicación *restrictiva*, vale decir, es sólo aplicable en materia posesoria.

e) Presunción de buena fe

Art. 707: *"La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.*

En todos los otros la mala fe deberá probarse".

No es necesario probar la buena fe, porque ésta la Ley la presume.[146] Quien quiera desvirtuar la buena fe, deberá probarlo. Como sabemos, la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. Los casos en que se presume la mala fe son excepcionalísimos: v. gr., 706 inciso final, 94 regla sexta, 2.510 regla tercera.

Al contrario de lo que ocurre con la presunción de Derecho de mala fe (que es de aplicación restrictiva), la presunción de buena fe es de *aplicación general*, vale decir, **la buena fe se presume en cualquier materia del Derecho**.[147]

---

[145] **Art. 47:** "Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. **Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias**".

[146] Presunción que es de carácter simplemente legal, conforme el artículo 47.

[147] **Art. 1.459:** *"El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse"*. Vid. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., pp. 386, 387; NAVARRO, *Teoría General (...)*, ob. cit., p. 19.

11.6) Ventajas de la posesión regular

Anteriormente, señalamos las ventajas de la posesión en general; ahora bien, son ventajas *exclusivas de la posesión regular*:[148]

i) La adquisición del dominio por la **prescripción ordinaria**, cuyo tiempo necesario en el caso de los *muebles* es de **dos años**, y en el de los *inmuebles* es de **cinco años** (arts. 2.507 y 2.508);
ii) El poseedor de buena fe se hace dueño de los frutos; y
iii) La acción del artículo 894 (**acción publiciana**).

12) La posesión irregular

12.1) Concepto y efectos

El artículo 708, se limita a señalar: *"Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702"*. Recordemos que los requisitos del artículo 702 (posesión regular) son el justo título, la buena fe, y la tradición cuando el título es translaticio de dominio.

Pescio,[149] sostiene que si bien puede faltar uno o más requisitos de los que la Ley exige para que la posesión sea regular, deben concurrir, sin embargo, aquellos que sean significativos de los dos elementos que constituyen la posesión: deben ser suficientes para conferir la tenencia de la cosa y revelar el ánimo de señor o dueño de parte del poseedor; por ejemplo, hay mala fe de parte del poseedor y existe un título translaticio de dominio, la tradición de la cosa es indispensable: sin tradición no hay tenencia y sin tenencia no hay posesión.[150]

En cuanto a los efectos de la posesión irregular, debemos expresar que conforme los artículos 2.510 y 2.511 el *poseedor irregular* puede adquirir por **prescripción extraordinaria**, que es de **diez años**, no distinguiéndose si la cosa poseída es mueble o inmueble.[151]

---

[148] PESCIO, ob. cit., p. 208.

[149] Ibid., p. 209.

[150] En el mismo sentido Peñailillo (ob. cit., p. 245). En el texto preparado por Vodanovic (ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 389), se expresa que podría faltar la tradición en la posesión irregular.

[151] Volveremos sobre este punto cuando analicemos la **usucapión**.

Art. 2.510: *"El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la* ***extraordinaria*** *(...)"*

Art. 2.511: *"El lapso de tiempo*[152] *necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de diez años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2509".*

Rodríguez,[153] señala que el poseedor irregular es un detentador material de la cosa que no reconoce dominio ajeno, que se comporta como dueño a sabiendas de que no lo es, y que no tiene título que respalde su pretensión. Se trata –señala el autor– de una extraña situación meramente fáctica, pero que conduce a la prescripción. Se ha preferido (y éste sería el espíritu de la norma) una flagrante injusticia a la inestabilidad de las relaciones jurídicas, quedando demostrada la importancia de la posesión como institución destinada a consolidar la realidad objetiva con la jurídica. Que el poseedor irregular llegue a ser dueño es injusto, pero necesario, porque el tiempo va consolidando la realidad y dándole forma de relación jurídica estable. Finalmente, diremos que aquí se sacrifica la justicia, en favor del único principio realmente jurídico, cual es el de seguridad o certeza jurídica.

12.2) Paralelo entre posesión regular e irregular

En cuanto a los requisitos, la posesión regular cumple con todos los requisitos del artículo 702, vale decir, justo título, buena fe, y, si el título es translaticio de dominio, tradición. Conforme al artículo 708, la posesión irregular es la que carece de uno o más de éstos.

En cuanto a los tipos de usucapión a que dan lugar, la posesión regular da origen a la prescripción ordinaria, que, en el caso de los muebles es de dos años, y en el de los inmuebles es de cinco. La posesión irregular, habilita al poseedor para adquirir por prescripción extraordinaria que –independientemente si el bien es mueble o inmueble– es de diez años.

En cuanto a la posibilidad de valerse de la acción publiciana, el poseedor regular conforme al artículo 894 es legitimado activo de dicha acción. El poseedor irregular no puede valerse de ella.

[152] Decir *lapso de tiempo,* fue una redundancia de Bello.
[153] Ob. cit., p. 31.

En cuanto a la presunción de dominio del inciso final del artículo 700 y en cuanto a los interdictos posesorios, ambos son aplicables a los dos tipos de posesión: regular e irregular.

13) POSESIONES VICIOSAS

13.1) Generalidades

Art. 709: *"Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina"*.

En primer lugar, recordemos que los vicios de la posesión (violencia o clandestinidad) *no se transmiten ni se transfieren.*[154]

En segundo lugar, debemos decir que el análisis de las posesiones viciosas, sus características (sobre todo, las del vicio de violencia) y sus efectos (si pueden ser o no, útiles), son temáticas no exentas de polémica y arduo debate en la doctrina nacional.

Conforme el artículo 709, existen dos situaciones anormales que vician la posesión ellas son, la *violencia* y la *clandestinidad.* De esta suerte, existen dos tipologías de posesiones viciosas: la posesión violenta y la posesión clandestina.

13.2) Posesión violenta

El Código Civil regula la posesión violenta en los artículos 710 a 712. Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente (art. 710). El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento (art. 711). Existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro. Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente (art. 712).

Como señalamos precedentemente, respecto de las **características del vicio de violencia**, la doctrina está dividida.[155]

---

[154] A menos que el sucesor (o causahabiente) así lo elija al agregar su posesión a la de sus antecesores, cuestión que es totalmente facultativa de este último (art. 717 inc. 1º), y que obviamente en el caso que la posesión anterior sea viciosa, no le conviene para nada la agregación (se analizará más adelante).

[155] Véase RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 84 y ss.

Algunos,[156] sostienen que el vicio de violencia en la posesión es:

i) *Subsanable o temporal:* vale decir, la posesión violenta deja de serlo cuando cesa la fuerza. El fundamento de tal afirmación estaría en lo dispuesto en los artículos 920 y 928; y

ii) *Relativo:* esto es, sólo puede invocarse por la víctima de la violencia.[157]

Otros,[158] sostienen que la violencia es un vicio de carácter:

i) *Insubsanable*; y

ii) *Erga omnes.*

La violencia es un vicio de carácter *insubsanable,* porque el poseedor violento será siempre vicioso y éste no mejorará jamás su situación. Como afirma Pescio,[159] la temporalidad del vicio de violencia es *un mito.* De esta suerte, el vicio de violencia es insubsanable por el transcurso del tiempo. La ausencia de acción posesoria (arts. 920, 928) por efecto del tiempo transcurrido, no puede invocarse para mejorar la calidad de la posesión.[160]

Es además la violencia, un vicio *erga omnes,* vale decir, es alegable no sólo por el que sufre la violencia, sino que por cualquiera. Pescio,[161] señala que una posesión basada en la violencia está esencialmente viciada *respecto de todos.* Rodríguez,[162] señala que la violencia (fuerza) representa en materia posesoria un atentado a la sociedad entera, y es precisamente la negación de lo jurídico.

A este respecto, nosotros adherimos a la segunda postura doctrinal, señalando que es la violencia un vicio *erga omnes* y además *insubsanable* para el poseedor violento, vale decir, sólo sería subsanable la posesión violenta, cuando el poseedor violento deje de poseer, esto es, cuando (atendida la imposibilidad de transferir y de transmitir la posesión) el causahabiente a título universal o singular de dicho poseedor violento, adquiera una posesión nueva, exenta del vicio de violencia, a menos que quiera agregar a la suya, la posesión violenta de su antecesor (art. 717).

---

[156] Claro S., Barros E., Vodanovic H.

[157] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 391.

[158] Pescio V., Rodríguez G. y Rozas V. (este último sólo respecto de la primera característica, puesto que afirma que la violencia es un vicio relativo).

[159] Ob. cit., p. 216.

[160] Rodríguez, ob. cit., p. 85.

[161] Citando a Laurent y Colmet de Santerre, ob. cit., p. 218.

[162] Ob. cit., p. 89.

13.3) Posesión clandestina

Art. 713: *"Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella".*

Como señala el Código, posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho a oponerse a ella. La clandestinidad de la posesión, es un vicio que se opone a la cualidad de pública u ostensible.[163]

En cuanto a las *características del vicio de clandestinidad*, existe acuerdo en la doctrina, ésta son:

i) *Subsanable o temporal:* esto es, cesa el vicio de clandestinidad cuando se hace ostensible la posesión;
ii) *Relativo:* vale decir, sólo surte efectos con relación a aquellos que tienen derecho a oponerse a ella.

13.4) Consecuencias de la posesión viciosa

La clandestinidad y la violencia producen las siguientes consecuencias jurídicas:

i) El poseedor vicioso *carece de las acciones posesorias* (art. 918). Sólo una de ellas puede ser ejercida: la querella de reestablecimiento (art. 928);
ii) El poseedor vicioso *no puede adquirir por prescripción* (arts. 2.510 y 2.511);
iii) El poseedor vicioso, *no puede hacer uso del D.L. Nº 2.695* del año 1979.[164]

Las posesiones viciosas carecen de protección jurídica, precisamente porque son **inútiles** y por medio de ellas no se regulariza el

[163] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 392.

[164] El inciso primero del artículo 1º del **D.L. 2.695**, dispone que los *poseedores materiales* de bienes raíces rurales o urbanos, cuyo avalúo fiscal para el pago del impuesto territorial *sea inferior a ochocientas o a trescientas ochenta unidades tributarias*, respectivamente, *que carezcan de título inscrito*, podrán solicitar al Ministerio de Bienes Nacionales que se les reconozca la calidad de poseedores regulares de dichos bienes a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción, de acuerdo con el procedimiento que se establece en dicha norma. El artículo 2º Nº 1 del mismo D.L. expresa que: *"para ejercitar el derecho a que se refiere el artículo anterior, el solicitante deberá estar en posesión del inmueble, por sí o por otra persona en su nombre, en forma continua y exclusiva,* ***sin violencia ni clandestinidad****, durante cinco años, a lo menos".*

orden social.[165] Como enseñaba don José Clemente Fabres,[166] las posesiones viciosas tienen una categoría especial y no conducen, por la gravedad de sus defectos, a la prescripción.[167]

14) Agregación o suma de la posesión

Al estudiar la naturaleza jurídica de la posesión, se concluyó que en Chile la posesión es un hecho, y que por tal razón no se transmitía ni se transfería. Dijimos también, que lo anterior no era obstáculo para que *voluntariamente* el causahabiente pudiera *agregar* su posesión a la de sus antecesores. Esta última, es la materia a la cual nos abocaremos en este acápite.

> **Art. 717:** *"Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor, principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios.*
>
> *Podrá agregarse en los mismos términos a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores".*
>
> **Art. 718:** *"Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.*
>
> *Podrá pues añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios".*
>
> **Art. 2.500:** *"Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717.*

---

[165] Rodríguez, ob. cit., p. 201.

[166] Citado por Claro Solar (ob. cit.) y por Rodríguez (ob. cit., p. 67).

[167] **Eduardo Belmar Cuevas** (Belmar C., Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", en RDJ, T. 45, p. 34) sostiene que los vicios de la posesión pueden acompañar indistintamente a la posesión regular o irregular. En el mismo sentido, ya se había pronunciado Luis Claro Solar quien afirmaba que las posesiones viciosas son una especie "más grave" de posesión irregular, que cesando el vicio pueden usucapir. (Respecto del debate y la síntesis del planteamiento de Belmar Cuevas, véase Rodríguez, pp. 43 y ss; pp. 67 a 83).

La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero".

Esta facultad de añadir el tiempo de posesión de los antecesores, *constituye un beneficio necesario*[168] en razón de las innumerables mutaciones que se producen en las propiedades: la prescripción habría sido prácticamente imposible si fuera necesario haber poseído por sí mismo (sin añadir) durante todo el tiempo requerido por la Ley.[169]

Esta facultad de agregación, no sólo favorece la completación de los plazos de usucapión (art. 2.500), sino que también facilita el ejercicio de las acciones posesorias cuando el poseedor amenazado o despojado no ha alcanzado a completar por sí mismo el plazo de **un año** que exige la Ley en el artículo 918.[170]

Ahora bien, la agregación o suma de posesiones no siempre es positiva o beneficiosa para quien quiera utilizarla, puede también ser *perjudicial*, conforme lo dispone la parte final del artículo 717, *"a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios"*; ello significa que si la posesión del antecesor es viciosa (violenta o clandestina) o irregular, contamina o deteriora la posesión del causahabiente que elige la agregación.

Para hacer uso del beneficio de la agregación de posesiones, éstas deben ser *contiguas.* El inciso segundo del artículo 717 señala que podrá agregarse en los mismos términos a la posesión propia **la de una serie no interrumpida de antecesores**, esto es, una posesión debe seguir a la otra *sin interrupción natural o civil,*[171] ni tampoco se pueden *eliminar posesiones* intermedias. Respecto de esta segunda hipótesis, clarifiquemos con un ejemplo: Arturo es el primer poseedor, luego le siguen Ramón, Luis y Manuel. Este último, necesita llegar hasta Arturo para poder prescribir, porque su tiempo de posesión no le alcanza. Si Manuel quiere agregar las posesiones anteriores a la suya, no puede saltarse ninguna, esto es, si pretende sumar la de sus antecesores no puede pasar por alto la de Luis, que fue un poseedor vicioso o de mala fe.

---

[168] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., a la vez citado por PESCIO, ob. cit., p. 494.

[169] Piénsese que cuando entró en vigencia el Código Civil, la **prescripción adquisitiva extraordinaria** era de 30 años, posteriormente se redujo a 15, y actualmente como sabemos es de 10 años.

[170] PESCIO, ob. cit., p. 494.

[171] Véanse los artículos 2.501 a 2.503.

Por otra parte, para dar lugar a la agregación, es menester que exista uniformidad o *identidad en cuanto al objeto de la posesión*, vale decir, las posesiones sumadas deben ser homogéneas y no heterogéneas.

Finalmente, diremos que ni el ladrón, ni el usurpador pueden sumar a su posesión viciosa la de su víctima, ya que ellos carecen de título, exigencia que está contenida en el artículo 717: *"Sea que se suceda* ***a título*** *universal o singular (…)"* [172]

15) Adquisición, conservación y pérdida de la posesión[173]

Para determinar la adquisición de la posesión, evidentemente deben estar presentes los dos requisitos copulativos de ésta, vale decir, *corpus et animus.* Ellos son pues, los elementos constitutivos de la posesión, y reunidos, se adquiere la posesión, se conserva y se tiene hasta que no se pierda.

En los acápites siguientes, analizaremos brevemente la adquisición, la conservación y la pérdida de la posesión, distinguiendo entre la posesión de los bienes muebles, y la posesión de los bienes inmuebles.

16) Posesión de los bienes muebles

16.1) Adquisición de la posesión de los bienes muebles

Ésta, se adquiere desde el momento en que se reúnen los elementos volitivo y fáctico, esto es, *animus domini* y tenencia o *corpus.*

16.2) Conservación de la posesión de los bienes muebles

Para conservar la posesión de los bienes muebles, basta el *animus domini*, esto es, la creencia o intención de dominio, aunque momentáneamente no se tenga el *corpus*, ya sea por razones voluntarias (art. 725) o involuntarias (art. 727).

> **Art. 725:** *"El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquiera otro título no translaticio de dominio"*.

---

[172] Pescio, ob. cit., p. 506.

[173] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., pp. 401 y ss.

Art. 727: *"La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".*[174]

La intención o ánimo de señor o dueño perdura, mientras no se manifieste una voluntad contraria del mismo poseedor:

Art. 726: *"Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan".*

16.3) Pérdida de la posesión de los bienes muebles

En este punto, es menester distinguir tres situaciones:

i) Pérdida simultánea del *corpus* y el *animus*;
ii) Pérdida del *corpus*; y
iii) Pérdida del *animus*.

i) Pérdida simultánea del corpus y del animus: ésta, será la regla general, esto es, cada vez que se pierde la posesión es porque se pierde al mismo tiempo el *corpus* y el *animus*, ello se puede dar:

- Cuando hay **enajenación**. Evidentemente, si el poseedor se desprende ("dispone") de la cosa que posee, naturalmente perderá al mismo tiempo el *corpus* y el *animus*;
- Cuando existe **abandono**. El poseedor abandona la cosa que posee¸ con la intención de renunciar a ella, en este caso la cosa se convertirá en *res derelictæ*.

ii) Pérdida del corpus: puede ser también que la posesión de la cosa mueble se pierda cuando se pierda el *corpus*, aunque subsista el *animus*, a saber:

- Cuando **otro se apodera de la cosa**, con ánimo de hacerla suya (art. 726);
- Cuando sin pasar la posesión a otras manos, **se hace imposible** el ejercicio de actos posesorios, o en otros términos, cuando el poseedor no puede ejercer sobre la cosa, los actos materiales que constituyen la posesión, verbigracia artículos 619, 608 inciso 2º;
- Cuando se **destruye** la cosa.

[174] Si al poseedor se le extravía una cosa mueble, dentro de la esfera de su resguardo v. gr., en su casa, no pierde la posesión, no así si la pérdida es fuera de la esfera de resguardo señalada, v. gr., se extravía la cosa en un bus, allí sí se pierde la posesión.

iii) Pérdida del animus: es un caso especial en donde el poseedor deja de creerse y sentirse dueño, pero a la vez sigue detentando la cosa. Éste, será el caso del *constituto possesorio,* analizado en la tradición ficta de las cosas corporales muebles en el Nº 5 segunda parte, del artículo 684.

17) POSESIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

Atendida la diversidad de reglas, para determinar la adquisición, la conservación y la pérdida de la posesión sobre inmuebles, es menester distinguir entre los bienes inmuebles inscritos y los que aún no lo están. A ello dedicaremos los próximos acápites.

18) POSESIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES NO INSCRITOS

18.1) Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos

En el caso de falta de título y en los títulos no translaticios de dominio, el *apoderamiento* de un inmueble no inscrito, realizado con ánimo de señor o dueño, hace adquirir la posesión de éstos, sin necesidad de inscripción conservatoria, pues tal adquisición se produce con el hecho del apoderamiento del inmueble no inscrito, acompañado del ánimo de señor y dueño.[175]

Art. 726: *"Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan".*

Art. 729: *"Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde".*

Cuando para adquirir la posesión de un inmueble no inscrito se invoca un *título translaticio de dominio,* para la mayoría de los autores[176] la **inscripción es necesaria siempre**. Los artículos 702,

[175] Ésta es la solución teórica, porque en la práctica, atendido el tenor del artículo 590 y las normas del D.L. Nº 1.939, es muy difícil que se de esta hipótesis. Véase el D.L. Nº 1.939 que establece normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado. Disponible en www.bienes.cl .Véase respecto de la posibilidad de **adquirir la posesión de los bienes raíces por OCUPACIÓN:** PESCIO, ob. cit., pp. 273 a 284; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., pp. 405 y 406.

[176] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 262, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 407.

686, 696 y 724 exigen inscripción para poseer inmuebles sin distinción, *estén o no estén inscritos.*

Art. 724: *"Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".*

Si el inmueble no está inscrito, se inscribirá bajo las normas de los artículos 693 del Código Civil y 58 del Reglamento.

Art. 693: *"Para la **transferencia**, por donación o contrato entre vivos, del dominio de una **finca que no ha sido antes inscrita**, exigirá el Conservador, constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por medio de tres avisos publicados en un diario de la comuna o de la capital de provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere, y por un cartel fijado, durante quince días por lo menos, en la oficina del Conservador de Bienes Raíces respectivo.*

Se sujetarán a la misma regla la constitución o transferencia por acto entre vivos de los otros derechos reales mencionados en los artículos precedentes, y que se refieren a inmuebles no inscritos".

Art. 58 Reg. Registro Conservatorio: *"Para inscribir la **transferencia** por donación o contrato entre vivos de una **finca que no ha sido antes inscrita**, exigirá el Conservador constancia de haberse dado aviso de dicha transferencia al público por medio de tres avisos publicados en un periódico del departamento o de la capital de la provincia si en aquél no lo hubiere, y por un cartel fijado durante quince días por lo menos en la oficina del mismo Conservador, **con las designaciones relativas a las personas que transfieran y a los límites y nombre de la propiedad, materia del contrato**.*

El Conservador certificará *el cumplimiento de los requisitos indicados en el inciso anterior al pie del cartel y procederá a protocolizar éste.*

Se sujetarán a la misma regla la inscripción o registro de la constitución o transferencia por acto entre vivos de los derechos de usufructo, uso, habitación, censo e hipoteca que se refieran a inmuebles no inscritos.

***La inscripción no podrá efectuarse sino una vez transcurridos treinta días contados desde el otorgamiento del certificado** a que se refiere el inciso segundo".*

Además, dichos preceptos tampoco distinguen entre posesión regular e irregular, de modo que invocándose título translaticio de dominio, si no se inscribe, no se adquiere ni siquiera la posesión

irregular. Ésta es la solución más acorde con el sistema registral chileno.[177]

18.2) Conservación y pérdida de la posesión de inmuebles no inscritos

Los inmuebles no inscritos, estarían en la misma situación que los muebles, por esta razón su posesión se conservará hasta que no se pierda. Se perderá la posesión, si falta alguno de los elementos constitutivos de la posesión *corpus et animus*, con mayor razón si faltan ambos.

Art. 726: *"Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan".*

Art. 729: *"Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde".*

En este punto, es preciso analizar el caso del artículo 730, cuyo inciso primero se refiere a la usurpación del mero tenedor:

Art. 730: *"Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior.*

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".

Piénsese en el caso del mero tenedor de un inmueble que no está inscrito, que lo usurpa, lo enajena a un tercero, **y este tercero inscribe el título**, ignorando esta situación el poseedor del inmueble no inscrito. La jurisprudencia ha señalado,[178] que la inscripción exigida en la Ley para perfeccionar en ciertos casos la posesión de los bienes raíces u otros derechos reales, **no es por sí sola medio constitutivo de una posesión que no se tiene**, sino requisito legal,

[177] José Claro Vial, ha sostenido que aun aduciendo título translaticio de dominio, tratándose de inmuebles no inscritos, para adquirir la posesión (irregular) no es necesaria la inscripción. Citado por PEÑAILILLO, ob. cit., p. 263.

[178] Rep. C.C. Tomo III, jurisprudencia del artículo 724, pp. 186 y 187.

para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesión. **Sin tenencia con ánimo de dueño no hay posesión**, y si bien es cierto que el artículo 724 exige inscripción especialmente respecto de ciertos bienes, no es menos cierto que esta formalidad es requerida en concurrencia con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión, tal como se halla definida en el artículo 700. Otra interpretación conduce al absurdo jurídico que cualquier poseedor de propiedad no inscrito, aun cuando ejerza pleno goce, tranquilo y no interrumpido de sus bienes, pueda perder su posesión porque otra persona sin conocimiento del poseedor verifica la inscripción de un título otorgado por tercero.[179]

19) Posesión de los inmuebles inscritos

19.1) Adquisición de la posesión de los inmuebles inscritos (teoría de la posesión inscrita)

Para determinar la adquisición de la posesión de los inmuebles inscritos, es preciso referirnos a la *teoría de la posesión inscrita,*[180] la que está formada por los siguientes artículos del Código Civil: 686, 696, 702 inciso final, 724, 728, 730, 2.505, y 924. La mayoría de estas normas ya las hemos citado.[181]

> **Art. 724:** *"Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".*
>
> **Art. 730 inc. 2º:** "*Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".*
>
> **Art. 2.505:** *"Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos,*

[179] En este punto cobra valor la disputa doctrinal entre la tesis de la inscripción **ficción** versus la tesis de la inscripción **garantía**. La jurisprudencia se inclinaría por la segunda postura. Véase Pescio, ob. cit., pp. 348 y ss; Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 414 y ss.

[180] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 409 y ss.

[181] La teoría de la posesión inscrita, **es inaplicable a los inmuebles por destinación**. Así se desprende claramente del tenor literal de los artículos que configuran dicha teoría y de lo dispuesto en los artículos 568, 570 y 686. Sentencia de la Corte Suprema del año 1911, RDJ T. IX, secc. 1º, p. 224, entre otras.

sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo".

Art. 924: *"La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista,* ***y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla****".*

De las disposiciones que configuran la teoría de la posesión inscrita, se desprende que la inscripción sirve como **requisito y prueba** de la posesión de los bienes raíces inscritos.

Para determinar cómo se adquiere la posesión de un inmueble ya inscrito, es necesario distinguir el título que se invoca:

i) Títulos no translaticios de dominio: cuando se invoca un título no translaticio de dominio no hay necesidad de inscripción para adquirir la posesión del inmueble inscrito. En efecto, si se invoca como título la sucesión por causa de muerte, la inscripción es innecesaria para adquirir la posesión, puesto que la posesión de la herencia se adquiere por el ministerio de la Ley en el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore (arts. 722 y 688 inc. 1º, primera parte).[182] Por otro lado, ya se expresó que es muy discutible la ocupación como título posesorio, por lo mismo la descartaríamos. En la accesión, es innecesaria porque la inscripción de lo principal cubre a lo accesorio. Ya explicamos también, que la prescripción adquisitiva no es título posesorio (sí modo de adquirir el dominio), la sentencia judicial que declara la prescripción adquisitiva se inscribe sólo para que la prescripción produzca efectos contra terceros y para mantener la historia de la propiedad raíz:

[182] Cosa distinta es la necesidad de ciertas inscripciones para efectos de disposición, conforme el artículo 688: *"En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda: 1º. La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva; el primero ante el conservador de bienes raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, la segunda en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas* (Ley Nº 19.903)*; 2º. Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos primero y segundo del artículo precedente: en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios; y 3º. La inscripción especial prevenida en el inciso tercero: sin ésta no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido".*

Art. 689: *"Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere, como adquirido por prescripción, el dominio o cualquiera otro de los derechos mencionados en los artículos 686 y siguientes, servirá de título esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo Registro o Registros".*

Art. 2.513: *"La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción".*

ii) Títulos translaticios de dominio: Como se explicó recientemente, queda descartada la inscripción respecto de los títulos no translaticios de dominio, quedando restringida la aplicación del artículo 724 y la teoría de la posesión inscrita a los *títulos translaticios de dominio.*

Tanto la adquisición de la posesión regular, como la irregular, de un bien raíz inscrito **necesita de la inscripción**, cuando se hace valer un título translaticio de dominio.[183] El Mensaje señala: *"(...) La inscripción es la que da la posesión real (...); y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, no posee (...)"*. Este es el sistema registral de la posesión que impera en Chile.

19.2) Conservación y pérdida de la posesión de inmuebles inscritos

Ya hemos dicho que la posesión se conserva, mientras no se pierda. Para que cese o se pierda la posesión inscrita, es indispensable que se **cancele la inscripción anterior**.[184]

Art. 728: *"Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial.*

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente".

Frente a una posesión inscrita, no valen de nada los actos

[183] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 412.
[184] Se encuentra abandonada la teoría que sostiene que el usurpador material de un inmueble inscrito adquiera la posesión **irregular**.

materiales de apoderamiento que haga un tercero; éstos, no hacen perder la posesión del poseedor inscrito, ni tampoco, le dan posesión alguna al tercero.[185]

> **Art. 2.505:** *"Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo"*.

La Corte Suprema ha señalado,[186] que según se desprende del artículo 2.505, la prescripción extraordinaria no puede hacerse valer contra títulos inscritos y para que la aplicación de esos títulos cese, es necesario un nuevo título, sin el cual mantiene su vigencia.

Conforme el artículo 728, sólo a través de la cancelación se pone fin a la posesión inscrita, y este mismo artículo indica las formas de cancelación:

i) Voluntad de las partes;
ii) Una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro; y
iii) Decreto judicial.

A estas tres que contempla el artículo 728, agregaremos una cuarta forma de cancelación, contemplada en el artículo 16 inciso segundo del D.L. Nº 2.695, llamada *cancelación por el solo ministerio de la Ley*.

A) CANCELACIÓN VOLUNTARIA DE LAS PARTES

La hipótesis a la que se refiere el artículo 728, al hacer alusión a la *voluntad de las partes*, se refiere a un caso de **resciliación** o **mutuo discenso**, contemplado en el inciso primero del artículo 1.567, esto es, el título que sirvió de base a esa inscripción, se deja sin efecto por voluntad de las partes, v. gr., una compraventa que se deja sin efecto por resciliación.

Habrá de exhibirse al Conservador un instrumento auténtico en que conste la voluntad de las partes en orden a dejar sin efecto la inscripción existente a nombre de uno de ellos (comprador), con lo que cobrará vigencia la precedente (del

[185] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 417.
[186] Sentencia del año 1985 RDJ T. LXXXIII, secc. 1º, p. 157.

vendedor): bastará una subinscripción al margen en que se indique que se cancela y así el inmueble quedará sometido a la inscripción anterior.[187]

Conforme el artículo 91 del Reglamento, dicha cancelación se efectúa materialmente a través de una subinscripción: *"Son igualmente objeto de subinscripción* ***las cancelaciones****, sean parciales o totales,* ***convencionales o decretadas por la justicia****".*

B) CANCELACIÓN POR DECRETO JUDICIAL[188]

Una sentencia puede disponer también, que se cancele una inscripción. Un ejemplo de ello, puede ser el resultado de un juicio reivindicatorio. Para proceder a la cancelación, es menester exhibir copia autorizada de la sentencia *firme y ejecutoriada* que ordena la cancelación, y con ello proceder a la subinscripción respectiva conforme al artículo 91 del citado Reglamento. Esta situación, también puede ocurrir, verbigracia, en los juicios sobre nulidad de un contrato o en una acción resolutoria.[189]

C) POR UNA NUEVA INSCRIPCIÓN EN QUE EL POSEEDOR INSCRITO TRANSFIERE SU DERECHO A OTRO

i) Generalidades

Como señala Peñailillo,[190] éste es el caso de mayor frecuencia práctica. Aquí, quien tiene inscrito el inmueble a su nombre lo vende, luego se exhibe dicha escritura pública (título) al Conservador, con lo que éste inscribe el inmueble ahora a

---

[187] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 268.

[188] Ibid., p. 269.

[189] *"(…) es obvio que el* ***decreto judicial*** *a que se refiere el artículo 728, es el que deriva de un juicio dirigido contra aquel poseedor (inscrito) y no el que proviene de un litigio que no le empece por no haber sido parte en él, ni habérsele notificado en forma alguna sus actuaciones (…)"*. VIDAL D., IGNACIO, *"Estudio de los títulos de dominio. Tercera parte. Jurisprudencia (1959-2002)"*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003, p. 402, este autor señala como fuente de la cita anterior: Rev. *Fallos del Mes* Nº 393 p. 367. En el mismo texto anterior (p. 97), aparece *"(…) para dejar sin efecto una inscripción practicada y vigente se debe iniciar un juicio en que previo emplazamiento de la parte, cada una señale lo correspondiente a sus derechos. Por tanto, cancelar una inscripción vigente* ***no es materia de jurisdicción voluntaria****"*. Fuente: *Fallos del Mes* Nº 172, p. 72.

[190] Ob. cit., p. 269.

nombre del comprador. Se ha dicho que la sola inscripción, cancela automáticamente la anterior, por ello se le denomina *"virtual"*.[191]

En esta última inscripción, debe hacerse referencia a la anterior, para dar continuidad a la historia del inmueble.

Art. 692: *"Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva"*.

Art. 80 Reglamento: *"Siempre que se transfiera un derecho antes inscrito, se mencionará en la nueva, al tiempo de designar el inmueble, la precedente inscripción,* ***citándose el Registro, folio y número de ella****"*.

ii) Cancelación en virtud de un título injusto

Éste, es un tema debatido.[192] Parte de la doctrina, sostiene que un título injusto no tiene el mérito de cancelar la inscripción anterior. Otro sector doctrinal y jurisprudencial,[193] estima que los artículos 728 y 2.505 no distinguen la justicia del título para dar por cancelado al anterior.

iii) Cancelación de la inscripción por una nueva inscripción desconectada de la anterior[194]

Conforme lo ya estudiado, para que cese la posesión del poseedor inscrito y el adquirente entre en posesión, es necesaria una **competente inscripción**.

Este tema también es debatido. Para algunos autores y fallos es **competente inscripción** aquella que se ha practicado observando *formalmente* la ritualidad de las inscripciones según Ley y reglamento; aunque la nueva inscripción esté desligada de la anterior, de todas maneras la cancelaría, porque a esta situación se refiere el artículo 728.

Para otros, **competente inscripción sería sólo la que emana del poseedor inscrito**, y con ello se daría continuidad a la historia del

[191] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 419; PEÑAILILLO, ob. cit., p. 269.

[192] Ibid, notas anteriores.

[193] RDJ T. 43, secc. 2º, p. 65.

[194] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 419; PEÑAILILLO ob. cit., p. 269.

bien raíz. En otras palabras, un título desconectado del anterior no tiene la virtud de cancelar la primigenia inscripción.[195]

iv) Tesis en pugna (corolario de la posesión inscrita)[196]

Como señala Daniel Peñailillo,[197] el fondo de la mayoría de las controversias doctrinales y jurisprudenciales precedentes, radica en la vieja disputa entre dos tendencias centrales: la doctrina de la **inscripción-ficción**[198] y la doctrina de la **inscripción-garantía**.[199]

Para la primera, la inscripción es una ficción legal que ***representa*** la concurrencia de *corpus* y de *animus*; es el símbolo de la tradición y de la posesión. Tal ficción es invulnerable, si la inscripción ha durado un año completo (por lo dicho en el art. 924); y por lo mismo, sin inscripción no hay posesión de inmuebles.

Para la segunda doctrina, no se concibe la posesión (aunque sea de inmuebles) sin la concurrencia de *corpus* y de *animus* efectivamente. Ahora, la inscripción no es más que una ***garantía*** de este dato fáctico que –como tal– debe verificarse en la realidad. Los beneficios de prueba y garantía de la posesión sólo los tiene aquel poseedor que además de la inscripción, tiene también la tenencia.

Ya dijimos, que la segunda postura es la más aceptada, sin embargo y ante las dificultades normativas, la discusión queda abierta.

D) CANCELACIÓN POR EL SOLO MINISTERIO DE LA LEY (D.L. Nº 2.695)

Conforme el D.L. Nº 2.695,[200] existe un cuarto tipo de cancelación que se agrega a los mencionados en el artículo 728, el cual como señala dicha norma se denomina *cancelación por el solo ministerio de la Ley*.

---

[195] Véase la discusión que aparece en la bibliografía citada en la nota al pie anterior, y en los fallos que aparecen recopilados en el Repertorio respecto de los artículos 730 y 728.

[196] Véase PESCIO, ob. cit., p. 348 y ss.

[197] Ob. cit., p. 271.

[198] Humberto Truco, Moisés Lagos. Ambos citados por PEÑAILILLO, Ibid.

[199] Leopoldo Urrutia, Humberto Álvarez. Ambos citados por PEÑAILILLO, Ibid.

[200] Léase el D.L. Nº 2.695. Su estudio en profundidad pertenece a cursos de especialización.

El artículo 15 de este D.L. expresa que la resolución del Ministerio de Bienes Nacionales que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el interesado adquirirá la calidad de **poseedor regular** del inmueble para todos los efectos legales, **aunque existieren en favor de otras personas inscripciones que no hubieran sido materialmente canceladas**. Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción del interesado se hará dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspenderá en caso alguno.

Por su parte el inciso primero del artículo 16, señala que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15 citado, expirado el plazo de un año a que esa disposición se refiere, prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipotecas relativos al inmueble inscrito.

En este punto específico, la norma más importante es la contenida en el inciso segundo del artículo 16, que señala:

> **Art. 16 D.L. 2.695:** *"Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, una vez transcurrido el citado plazo de un año, **se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley**, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecedían a las que se cancelan".*

20) Prueba de la posesión

Para determinar la prueba de la posesión, es preciso distinguir conforme el tipo de bien que se posea, esto es, si son muebles o inmuebles.

20.1) Prueba de la posesión de bienes muebles[201]

La prueba de la posesión de los muebles, se reduce a la demostración de sus elementos copulativos: *corpus et animus.*

En cuanto al *corpus,* su prueba implica la prueba de la **detentación**, en otras palabras, que al objeto se lo tiene aprehendido físicamente o, al menos, se le gobierna, controla, o se le tiene a su

[201] Peñailillo, ob. cit., p. 274.

disposición. En cuanto al *animus*, por su naturaleza sicológica, su prueba directa es muy difícil, pero ello no es óbice para acreditar hechos externos que permitan concluir que el sujeto tiene ese *animus*, y que son generalmente aquellos hechos que denotan un comportamiento que sólo el dueño haría, v. gr., se le usa, se le mantiene, mejora, transforma, destruye, etc., todo lo anterior: *sin pedirle permiso a nadie.*

El que alega posesión debe probarla, y como se trata de *probar un hecho*, puede ser acreditada por cualquier medio probatorio, incluidos los testigos (arts. 1.698, 341 C.P.C.).

En cuanto a los vehículos motorizados, la presunción simplemente legal del artículo 38 de la Ley de Tránsito Nº 18.290, es sólo una presunción de **dominio**, y **no de posesión**, por ello no basta sólo la prueba documental.[202]

20.2) Prueba de la posesión de los bienes inmuebles

Este tema, se vuelve a tocar en el estudio de las acciones *posesorias.*

La prueba de la posesión de los bienes raíces, está contenida en los artículos 924 y 925.[203]

Art. 924: *"La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".*

Art. 925: *"Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión".*

21) Recuperación de la posesión perdida

Art. 731: *"El que **recupera legalmente la posesión** perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio".*

---

[202] Jurisprudencia citada por Peñailillo, nota 186 de la p. 275.

[203] Respecto de la *interpretación* que se ha dado a los artículos **924** y **925**, véase ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *"Tratado de los Derechos Reales. Tomo II"*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª edición, 1993, pp. 341 y ss.; PEÑAILILLO ob. cit., p. 388.

Art. 2.502 inc. 2º: *"(...) a menos que se haya* ***recobrado legalmente la posesión****, conforme a lo dispuesto en el título De las acciones posesorias, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído".*

22) PRESUNCIONES PARA FACILITAR LA PRUEBA DE LA POSESIÓN

Art. 719: *"Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.*

Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas.

Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio*".*

II. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA (USUCAPIÓN)

1) GENERALIDADES Y FUNDAMENTO

La prescripción en nuestro Derecho Civil, está tratada en el último título del Libro IV del Código, esto es, el título XLII, artículos 2.492 a 2.524.[204]

La prescripción adquisitiva (o usucapión) es uno de los grandes de tipos de prescripción, así lo señala el artículo 2.492.

Art. 2.492: *"La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.*

Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción".

La *usucapión* es el tipo de prescripción que se aborda en el estudio de *los bienes*, ya que el artículo 588 enumera a la prescrip-

[204] El hecho que la prescripción se encuentre tratada al final del Código Civil, tendría una doble explicación: i) Así lo hizo el Código francés de 1804; y ii) El legislador quiso cerrar su obra (coronarla) con una institución como la prescripción, que viene a estabilizar y dar garantía a todos los derechos contemplados en el mismo Código. Se ha criticado también esta ubicación. Códigos más contemporáneos como el italiano del año 1942, tratan la prescripción en forma separada. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 10 y 11.

ción (adquisitiva) como un modo más de adquirir el dominio; y también vimos, que la posesión es uno de los requisitos de la usucapión. La *prescripción extintiva* o *liberatoria*, es estudiada en la Teoría General de las Obligaciones.

En cuanto al fundamento y justificación de esta institución en el *Derecho Civil Patrimonial*, diremos que aquí se plasma uno de los casos paradigmáticos[205] de aplicación concreta del *principio de seguridad o certeza jurídica*.

En su inmensa mayoría,[206] los autores justifican la prescripción en razones de orden social y práctico. A todos, nos interesa que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas, y que las *situaciones de hecho prolongadas se consoliden*. Con la prescripción se asegura la paz social, tratando de evitar los pleitos.

El fundamento práctico de la prescripción adquisitiva (usucapión), viene dado porque es el único modo de adquirir indiscutible, habida consideración a la llamada *probatio diabolica* (o prueba infernal). En efecto,[207] para demostrar su derecho el actual dueño, debería demostrar el derecho de propiedad de sus antecesores y de los antecesores de éstos, *y así sucesivamente* en una cadena no interrumpida, porque –como ya sabemos– nadie puede transferir o transmitir más derechos que los que tiene. La usucapión subsanaría todos estos inconvenientes, pues basta con acompañar (por lo general) los títulos de 10 años anteriores para probar el derecho que se alega. La prescripción –como se puede apreciar– permite consolidar los derechos, asegura la paz social, y brinda seguridad o certeza en el tráfico jurídico.

2) NORMAS COMUNES A AMBOS TIPOS DE PRESCRIPCIÓN

Sabemos que el Código Civil regula conjuntamente, tanto la usucapión, cuanto la prescripción extintiva o liberatoria, pero además, ha entregado tres reglas comunes aplicables a ambos tipos de prescripción. Nosotros agregaremos una cuarta regla, que aparece en las normas de la L.E.R.L. Estas reglas o normas comunes a ambos tipos de prescripción son:

[205] Junto al efecto de **cosa juzgada**.
[206] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., pp. 12 y ss.
[207] Ibid.

i) Debe ser alegada;

ii) Mientras no está cumplida no se puede renunciar;

iii) Corre a favor y en contra de cualquier sujeto de derechos que tenga la libre administración de sus bienes; y

iv) Frente a un cambio de legislación, el prescribiente elige a qué Ley se acoge.[208]

2.1) La prescripción debe ser alegada

Art. 2.493: *"El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio".*

Esta norma es aplicación del principio procesal de la iniciativa de parte (dispositivo); sólo en forma excepcional el juez puede obrar de oficio.[209]

Hasta cuándo puede ser alegada, es una pregunta que responde el Código de Procedimiento Civil en su artículo 310.

Art. 310 C.P.C.: *"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de* ***prescripción****, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito,* ***podrán oponerse en cualquier estado de la causa****; pero no se admitirán si no se alegan por escrito* ***antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda****.*

Si se formulan en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva.

Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia".

---

[208] NAVARRO A., RENÉ, *"Generalidades y Fuentes (...)"*, ob. cit., p. 76.

[209] Como dijimos, sólo excepcionalmente el juez puede obrar de oficio en este punto, y generalmente ello ocurre en materias ajenas al Derecho Privado, como es el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. En el Derecho Civil y en el Derecho Procesal Civil, podemos citar como ejemplo de actuación de oficio el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil.

2.2) Mientras no esté cumplida no se puede renunciar

A) Oportunidad de la renuncia

Sólo una vez cumplido el plazo de prescripción, se puede renunciar la prescripción. Dicho de otra manera, no puede renunciarse en forma anticipada. Conforme al artículo 12, pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

Tres artículos del Código Civil, se refieren a este tema: 2.494 a 2.496.

> **Art. 2.494:** *"La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.*
>
> *Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo".*
>
> **Art. 2.495:** *"No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar".*
>
> **Art. 2.496:** *"El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor".*

Ya dijimos que mientras no se cumple el plazo respectivo no puede renunciarse la prescripción. Si se aceptara una renuncia anticipada, sería ésta una cláusula leonina común en todos los contratos, desvirtuándose la institución. Por ello, no sólo prima aquí el interés individual, sino que se trata de una *norma de orden público,* estando prohibida la renuncia anticipada de la prescripción.

Ahora, si el plazo ya se cumplió, constituye un beneficio que mira en el interés individual del prescribiente, y en este caso se puede renunciar *expresa* o *tácitamente.*

B) Formas de renuncia

Conforme el artículo 2494 recién citado, la renuncia puede ser expresa o tácita. Renúnciase **tácitamente**, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho

del dueño; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo.

C) Naturaleza jurídica de la renuncia[210]

La renuncia a la prescripción es un *"acto abdicativo"*, en virtud del cual el renunciante manifiesta expresa o tácitamente que se abstiene de aprovecharse del beneficio de la prescripción.

D) Legitimado para renunciar

Art. 2.495: *"No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar".*

E) La renuncia y el fiador

Art. 2.496: *"El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor".*[211]

2.3) Corre a favor y en contra de cualquier sujeto de derechos

Art. 2.497: *"Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares* ***que tienen la libre administración de lo suyo****".*

Antiguamente, existían en esta materia reglas de privilegio a favor del fisco y de la Iglesia Católica que fueron abolidos.

El único requisito que se exige, es que los sujetos tengan *la libre administración de lo suyo.*

2.4) Frente a un cambio de legislación, el prescribiente elige la Ley que más le convenga

Esta temática, fue analizada cuando se estudió el *cambio de legislación en materia de prescripción.*[212] Principalmente el artículo 25 de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes (L.E.R.L.) trata

[210] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., pp. 14 y 15.

[211] ABELIUK, ob. cit., p. 771; NAVARRO, *"Teoría General de los contratos (...)"*, ob. cit., p. 276. Este caso del artículo 2.496, creemos es un tipo de **excepción real** de las señaladas en el artículo 2.354.

[212] NAVARRO A., RENÉ, *"Generalidades y Fuentes (...)"*, ob. cit., p. 76.

los posibles conflictos respecto de un cambio de legislación en materia de prescripción. Tal norma, se refiere a la prescripción *en términos generales*, vale decir, no distingue si se trata de la prescripción extintiva o adquisitiva, por lo tanto, este artículo es aplicable a ambos tipos de prescripción, atento al argumento de no distinción: *donde el legislador no distingue, no corresponde al intérprete hacerlo*, por ello también volvemos a tratar este punto aquí, esto es, a propósito de las reglas comunes a ambos tipos de prescripción.

Para entender el artículo 25, es preciso que nos formulemos la siguiente interrogante: ¿qué Ley es más beneficiosa para el *prescribiente*,[213] con cuál se quedará?

> **Art. 25 L.E.R.L.:** *"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir".*

Tomando en consideración la importancia de la prescripción, el legislador ha entregado al prescribiente la *opción* para elegir qué Ley conviene más a sus intereses, la antigua o la nueva, pero si elige la nueva, el plazo de prescripción comienza a correr desde la fecha de entrada en vigencia de la nueva Ley.[214]

[213] El prescribiente es el sujeto en cuyo beneficio la Ley ha establecido la prescripción; si se trata de prescripción adquisitiva, será el poseedor de la cosa; si se trata de prescripción extintiva, será el deudor.

[214] Pongamos un ejemplo para clarificar. La prescripción adquisitiva ordinaria de los bienes inmuebles es de 5 años; un prescribiente está por ganar por prescripción, el dominio de un inmueble que posee con justo título desde hace cuatro años atrás, vale decir, sólo le restaría un año para adquirir por prescripción el dominio del inmueble. Si al momento de llevar cuatro años de posesión, se produce un cambio de legislación en materia de prescripción, reduciendo el plazo de prescripción adquisitiva de cinco a tres años, aparentemente al prescribiente le convendría la nueva Ley; sin embargo, al prescribiente le es mejor elegir la antigua Ley, porque aunque contemple un plazo mayor, sólo le resta un año para cumplirlo, y si quisiera elegir la nueva Ley, tendría que comenzar a contar el plazo de tres años desde la entrada en vigencia de la nueva Ley, y en términos concretos tendría que esperar siete años para hacerse dueño por prescripción. A la inversa, si el cambio de legislación sorprende al prescribiente cuando llevaba recién un año de posesión, en este caso sí le convendría optar por la nueva Ley que sólo establece tres años.

3) USUCAPIÓN. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

3.1) Concepto

Conforme el artículo 2.492, *la prescripción (adquisitiva o usucapión) es un modo de adquirir las cosas ajenas por haberse poseído durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.* Por su parte, el artículo 2.498 que encabeza el § 2 del título XLII y cuyo epígrafe es *"De la prescripción con que se adquieren las cosas"*, señala que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

3.2) Características

Se han apuntado como características de la usucapión, las siguientes:[215]

i) Es un modo de adquirir **originario**;
ii) Conforme el artículo 2.498, no cabe para los créditos, **sólo para el dominio, y algunos derechos reales**;
iii) Por regla general, será un modo de adquirir **a título singular**, excepcionalmente será **a título universal** cuando se prescribe el derecho real de herencia (arts. 2.512 Nº 1; 1.269);
iv) Es un modo de adquirir **a título gratuito**;
v) Se produce en vida del prescribiente, por ello es un modo de adquirir por **acto entre vivos**;
vi) Es **un hecho jurídico**.

4) REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Los requisitos para que opere la prescripción adquisitiva son tres:

i) Que la cosa sea susceptible de usucapir;
ii) Que esta cosa se haya poseído; y
iii) El transcurso del plazo legal.

En los acápites que siguen, analizaremos brevemente cada uno de ellos.

[215] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 17.

5) COSA SUSCEPTIBLE DE USUCAPIÓN

El primer requisito de la prescripción adquisitiva, dice relación con el objeto, y éste debe ser susceptible de usucapir.

> **Art. 2.498:** *"Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.*
>
> *Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados".*

5.1) Cosas no susceptibles de usucapión

Conforme la norma recién citada, y de acuerdo a todo lo ya estudiado, no pueden adquirirse por prescripción:

a) Los créditos o derechos personales;
b) Ciertos derechos reales, no todos. Como sabemos, el artículo 882[216] impide ganar por prescripción adquisitiva las **servidumbres discontinuas** y las **continuas inaparentes**, y la justificación de ello, radicaría en que **no pueden poseerse**;
c) Las *res extracomercii*;
d) Las cosas indeterminadas;
e) Las cosas propias;
f) Los bienes nacionales de uso público.

5.2) Factibilidad de prescripción entre comuneros

Éste también es un tema debatido en doctrina, toda vez que al respecto existen tres teorías en pugna: aquellas que aceptan la prescripción entre comuneros, las que rechazan tal posibilidad, y una tercera que llamaremos ecléctica.[217]

i) Tesis positiva:[218] la prescripción adquisitiva entre comuneros, tiene lugar cuando uno de ellos, desvinculándose de la co-

---

[216] **Art. 882:** *"Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título, ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas. Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco años".*

[217] Respecto del detalle de los fundamentos de cada una de estas posturas doctrinales, véase ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 19; RODRÍGUEZ G., PABLO, ob. cit., pp. 155 y ss.

[218] LUIS CLARO SOLAR, ob. cit., T. XVII, Nº 2350.

munidad o desconociéndola, empieza a poseer con ánimo de señor o dueño exclusivo de algún bien común. El ejemplo que dan los partidarios de esta teoría, sería el del heredero que, ignorando la existencia de otros, pide la posesión efectiva *sólo para sí* y realiza todas las correspondientes inscripciones conservatorias. Desde que se hace la posesión efectiva, se desvincula de la posesión anterior.[219]

ii) Tesis negativa:[220] ninguna prescripción cabe entre comuneros, ni extintiva, ni adquisitiva. Se funda esta tesis en el artículo 1.317,[221] y además, en el hecho que se eliminó –en el Código Civil que se convirtió en Ley– una norma que aparecía en los *proyectos de código* en donde sí se permitía prescribir entre comuneros. Se sostiene también,[222] que es inadmisible aceptar la prescripción entre comuneros, porque en el fondo, se estaría aceptando el despojo sin título ni razón legítima alguna.

iii) Tesis ecléctica:[223] esta posición también rechaza en principio la prescripción entre comuneros, pero la acepta excepcionalmente. Esta excepción tiene cabida, cuando existe un título que (de alguna forma) **justifique la posesión exclusiva** y no la sola voluntad del prescribiente. El ejemplo sería el caso del comunero que enajena la cosa común, dándose por dueño exclusivo de ella; el adquirente sólo incorpora a su patrimonio *la cuota* del enajenante, de donde el adquirente pasa a ser comunero en el derecho, mas no en la posesión, porque ésta no se transfiere.

---

[219] Este ejemplo en la actualidad es bastante difícil, atendido el hecho que las *posesiones efectivas intestadas abiertas en Chile* (con la Ley Nº 19.903) se tramitan ante el **Servicio de Registro Civil**, el cual mantiene una base de datos computacionales que arroja la información de los hijos y cónyuge del fallecido.

[220] SILVA B., MARCOS, *La partición de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1948.

[221] **Art. 1317:** *"Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular* ***será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse*** *con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. No puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto. Las disposiciones precedentes no se extienden a los lagos de dominio privado, ni a los derechos de servidumbre, ni a las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria".*

[222] RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 162.

[223] SOMARRIVA U., MANUEL, *Indivisión y partición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1950.

La jurisprudencia, se ha inclinado por rechazar la prescripción entre comuneros,[224] salvo en los casos en que alguno pueda escudarse en un título justificatorio de su posesión exclusiva.

6) Posesión de la cosa

El segundo requisito de la usucapión, es la posesión de la cosa que se pretende adquirir. Ya analizamos la posesión, sólo cabe citar aquí lo dispuesto en el artículo 2.499.

> **Art. 2.499:** *"La omisión de* ***actos de mera facultad****, y la* ***mera tolerancia*** *de actos de que no resulta gravamen,* ***no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna****.*
>
> *Así el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.*
>
> *Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.*
>
> *Se llaman* ***actos de mera facultad*** *los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro".*[225]

7) Transcurso del tiempo (plazo)

El tiempo es el que consolida la posesión de la cosa, transformándola recién en derecho.

> **Art. 2.508:** *"El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de dos años para los muebles y de cinco años para los bienes raíces".*
>
> **Art. 2.511:** *"El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción* (extraordinaria) *es de diez años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2509".*
>
> **Art. 2.512:** *"Los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvas las excepciones siguientes:*

---

[224] RDJ t. 23, 26, 28, 38, etc.

[225] Peñailillo expresa (ibid.), que puede resultar dudosa, en ciertos casos, la calificación de un acto como de mera facultad o tolerancia, en lugar de un acto posesorio *propiamente dicho*; es una cuestión de hecho que debe analizarse casuísticamente.

1ª. El derecho de herencia y el de censo se adquieren por la prescripción extraordinaria de diez años.[226]

2ª. El derecho de servidumbre se adquiere según el artículo 882".

8) Suma o agregación de la posesión

Esta temática ya la estudiamos, al hablar de los artículos 717, 718 y 2.500.

> **Art. 2.500:** *"Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717.*
>
> *La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero".*

9) Interrupción de la prescripción (posesión)

9.1) Generalidades y concepto

Ya explicamos, que conforme los artículos 2.501 a 2.503, la posesión se clasifica en posesión *interrumpida* y *no interrumpida.* Posesión interrumpida es **la que ha sufrido interrupción natural o civil**, posesión no interrumpida la que no ha sufrido ningún tipo de interrupción.

Podemos decir que la interrupción de la prescripción (posesión) es la pérdida del tiempo corrido para ganar por prescripción, en virtud de un hecho que la Ley le atribuye ese mérito, acaecido antes que el tiempo para usucapir se cumpla.

Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras (art. 2.504).

La prescripción adquisitiva, supone una posesión prolongada y la inacción del verdadero dueño durante ese tiempo. La interrupción cabe tanto respecto de la prescripción ordinaria, cuanto de la extraordinaria.[227]

Lo que realmente se interrumpe es la posesión, que es un requisito de la usucapión. Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil (art. 2.501).

---

[226] Esta norma debe relacionársela, con la contenida en el **artículo 1.269**: *"El derecho de petición de herencia expira en diez años. Pero el heredero putativo, en el caso del inciso final del Artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de cinco años".*

[227] Peñailillo, ob. cit., p. 289.

9.2) Interrupción natural

Conforme al artículo 2.502, existen dos hipótesis de interrupción natural.

La primera, está contemplada en el Nº 1 de tal artículo. La interrupción es natural cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, *se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios*, como cuando una heredad ha sido *permanentemente inundada* (art. 2.502 Nº 1). Esta norma ha de relacionársela, con la contenida en el artículo 653, la cual señala que si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños (y aquí recuperaría la posesión).[228] La interrupción natural de la primera especie produce el efecto de *descontarse su duración.*

El segundo tipo de interrupción natural, está contenido en el Nº 2 del mismo artículo 2.502. En este sentido, la interrupción también es natural, cuando se ha perdido la posesión *por haber entrado en ella otra persona.* Este tipo de interrupción, *hace perder todo el tiempo de la posesión anterior*; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título *De las acciones posesorias*, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

El Nº 2 del artículo 2.502, se encuentra también relacionado con los artículos 726, 729 a 731, y 916. En efecto, se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan (726). Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde (729). Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior. Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción (730). El que

[228] También, existe relación de esta norma, con la contenida en el **artículo 808:** *"Si una heredad fructuaria es inundada, y se retiran después las aguas, revivirá el usufructo por el tiempo que falta para su terminación".*

recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio (731). Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (916).

Finalmente en este punto, diremos que la interrupción natural puede alegarla cualquiera que tenga interés en ello.[229]

9.3) Interrupción civil

La interrupción civil, está contemplada en el artículo 2.503. Este artículo, expresa que *interrupción civil* es *todo recurso judicial* intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

El tema fundamental en este punto, es determinar qué se entiende por *"todo recurso judicial"*.[230] Obviamente que aquí, está contemplada la *demanda*,[231] pero no se reduce sólo a ella; *cualquier recurso judicial*, sirve para interrumpir civilmente la prescripción (posesión), siempre que este *recurso* –entendida la voz recurso en términos amplios– exteriorice en forma inequívoca la voluntad del pretendido dueño de conservar la cosa, e impedir que el poseedor adquiera por prescripción.[232]

Agrega el artículo 2.503, que sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción. Sin embargo, el mismo Código se coloca en las hipótesis en que (no obstante haberse intentado el recurso judicial) no se produce interrupción civil:

i) Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;
ii) Si el recurrente desistió expresamente de la demanda[233] o se declaró abandonada[234] la instancia;

[229] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 38.

[230] Ibid., p. 35 y ss.

[231] Artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

[232] Nosotros creemos que una *medida prejudicial*, sobretodo las precautorias, interrumpe civilmente la posesión, toda vez que encuadra dentro del concepto genérico de *recurso judicial*. Por otra parte, se ha aceptado incluso que la demanda o recurso, se deduzca ante tribunal incompetente (Fallos del Mes Nº 258, p. 102).

[233] El artículo 148 del C.P.C. expresa que, antes de notificada una demanda al procesado, podrá el actor retirarla sin trámite alguno, y se considerará como no presentada. Después de notificada, podrá en cualquier estado del juicio **desistirse de ella** ante el tribunal que conozca del asunto, y esta petición se someterá a los trámites establecidos para los incidentes.

[234] El artículo 152 del C.P.C., dispone que el procedimiento se entiende **abandonado** cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su

iii) Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

Las interrogantes clave que aquí se han planteado los tratadistas y el foro son ¿cuándo se produce la interrupción civil: al presentarse la demanda, o al notificarse ésta?, ¿debe presentarse la demanda dentro de plazo o notificarse dentro de plazo?

Ésta, es también una discusión doctrinaria y jurisprudencial.[235] Respondiendo la primera pregunta, siempre debe notificarse la demanda o recurso judicial para que se produzca interrupción civil. Ahora bien, ¿basta con presentar la demanda antes que expire el plazo de prescripción o es menester además, notificar dentro de ese plazo?[236]

Ciertos fallos,[237] exigen que la notificación se practique antes que se cumpla el plazo de prescripción; otros,[238] señalan que basta con presentar la demanda dentro de plazo, aunque se notifique con posterioridad. La discusión queda todavía abierta.

9.4) Efectos de la interrupción de la posesión

La interrupción hace perder todo el tiempo que se llevaba poseyendo. Salvas las excepciones ya estudiadas (arts. 2.502 y 2.503).

10) Clasificación de la usucapión

La prescripción adquisitiva es de dos clases, conforme el artículo 2.506.

Art. 2.506: *"La prescripción adquisitiva es ordinaria o extraordinaria".*

prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos.

[235] Peñailillo, ob. cit., p. 289.

[236] Podríamos ser más detallistas aún: ¿basta con presentar a distribución de Corte, o recién se entiende presentada la demanda cuando se ingresa efectivamente al tribunal respectivo y se autoriza poder?

[237] RDJ, T. 36, secc. 1ª, p. 118.

[238] RDJ, T. 60, secc. 2ª, p. 130.

11) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA

11.1) Requisitos propios de la prescripción adquisitiva ordinaria

La prescripción adquisitiva ordinaria tiene requisitos propios o especiales, estos se señalan en el artículo 2.507.

Art. 2.507: *"Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren".*

De esta suerte, dos son los requisitos de la prescripción adquisitiva ordinaria:

i) Posesión regular no interrumpida; y
ii) Transcurso del tiempo señalado en la Ley.

Respecto del primer requisito, ya nos hemos referido a la *posesión regular* y a la *interrupción natural* y *civil*. En relación al plazo, el artículo 2.508 señala que el tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de **dos (02) años para los muebles** y de **cinco (05) años para los bienes raíces**.

Para el cómputo de este término, se aplican los artículos 48, 49 y 50, vale decir, se trata de plazos continuos y de días completos.

11.2) Suspensión de la prescripción

A) Generalidades y concepto

En la usucapión, la suspensión sólo es aplicable a la prescripción adquisitiva ordinaria; por ello la estudiamos aquí.[239]

La *suspensión de la prescripción*, puede definírsela como la *detención* del curso del plazo durante el tiempo que dure la causa que la motivó. El único tiempo que no se computa, es el que corrió mientras existió y subsistió la causa de suspensión.[240]

La suspensión *detiene*, pero no extingue la prescripción: cesando la causa de la suspensión, subsiste el tiempo anterior.

Art. 2.509: *"La prescripción ordinaria puede suspenderse, sin extinguirse: en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.*

[239] También es aplicable a la prescripción liberatoria (art. 2.520).
[240] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 42.

Se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes:

1º. Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría;

2º. La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta;

3º. La herencia yacente.

No se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra.

La prescripción se suspende siempre[241] *entre cónyuges".*

B) Causas o casos de suspensión

Las causas por las cuales se suspende la prescripción, se encuentran señaladas en el mismo artículo 2.509. Esta enumeración es taxativa.[242] Así, la prescripción adquisitiva ordinaria, se suspende a favor de:

i) Los menores; los dementes; los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente; y todos los que estén bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría;
ii) La mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta; y
iii) La herencia yacente.[243]

C) Paralelo entre la suspensión y la interrupción

Podría pensarse que tanto la suspensión, como la interrupción son institutos muy similares. No obstante el parecido, más profundas son sus diferencias:

En cuanto a los tipos de prescripción donde cabe. La interrupción cabe en ambos tipos de usucapión. La suspensión, sólo cabe en la prescripción adquisitiva ordinaria.

---

[241] La voz ***siempre***, del inciso final del artículo 2.509, ha traído discusión en relación a si en este caso (*entre cónyuges*), cabría la suspensión en ambos tipos de prescripción (ordinaria y extraordinaria).

[242] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 45.

[243] La norma del artículo 2.509 Nº 3, ha llevado a algunos a sostener que la herencia yacente tendría personalidad jurídica, atendido el encabezado del artículo. Sin embargo, como se analizará en profundidad en Derecho Sucesorio, ello no es así. La herencia yacente, no goza de personalidad.

En cuanto a quién puede alegarla. La suspensión es sólo alegable por aquel en cuyo favor se encuentre establecida, por tratarse de un beneficio de carácter excepcional. La interrupción civil, puede ser alegada sólo por el que intenta el respectivo recurso o acción judicial; la interrupción natural, puede ser alegada por cualquiera que tenga interés en ello.

En cuanto a los efectos. La interrupción hace perder todo el tiempo de prescripción (salvo que la posesión se recupere legalmente). La suspensión sólo es una *detención del tiempo*,[244] esto es, se descuenta el plazo que duró la causal.

En cuanto a su origen. La suspensión tiene su fundamento en la Ley –verificada en los hechos la causal– opera de pleno Derecho. La interrupción se basa en un acto humano o de la naturaleza.

12) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA

12.1) Requisitos propios de la prescripción adquisitiva extraordinaria

A la inversa de la prescripción adquisitiva ordinaria, la prescripción adquisitiva extraordinaria se basa en la *posesión irregular* y en un *plazo mayor* de prescripción, que es de **diez (10) años**.

Este plazo, es aplicable por igual para adquirir por este medio tanto muebles, cuanto inmuebles.

12.2) Reglamentación

El sustento normativo de la prescripción adquisitiva extraordinaria, y los **requisitos** de la misma, se encuentran en los artículos 2.510 y 2.511.

Art. 2.510: *"El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:*

1ª. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.

2ª. Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.

[244] En palabras de un aficionado a escuchar música, sería solamente presionar el botón *pause* del reproductor.

3ª. Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1ª. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2ª. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

Art. 2.511: *"El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción es de diez años contra toda persona, y no se suspende a favor de las enumeradas en el artículo 2509".*

12.3) La mera tenencia y la prescripción adquisitiva extraordinaria

El artículo 2.510 regla tercera, regula un caso excepcionalísimo. Es excepcional, porque ya estudiamos que (por regla general) el *mero tenedor* (art. 714) no adquiere por prescripción. Así lo señala el artículo 716, pero este mismo artículo entrega la única excepción a tal regla general.

Art. 716: *"El simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2.510, regla tercera".*

Art. 2.510 regla 3ª: *"(…) la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:*

1ª. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2ª. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

La presencia copulativa (de las circunstancias o requisitos 1 y 2 de la regla tercera del artículo 2.510) indica que el que comenzó como mero tenedor, ha tenido la cosa como señor y dueño: concurren la prueba negativa del desconocimiento del dominio ajeno y la prueba afirmativa de que se obró como

poseedor. De este modo, la mera tenencia se convierte en posesión, no ya por la sola voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, y esto es lo principal, por negligencia de parte del dueño.[245] En forma excepcional, *la mera tenencia es mutable* por el transcurso del tiempo. Así se desprende claramente de lo previsto en los artículos 716 y 2.510 regla tercera del Código Civil. Esta mutación opera en razón de la necesidad social de transformar, en definitiva, todas las situaciones de hecho que se arrastran por un lapso demasiado prolongado, en situaciones de derecho, salvo cuando ha intervenido la violencia o la clandestinidad.[246]

13) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE OTROS DERECHOS REALES

El artículo 2.498, expresa que se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales; y añade que se ganan *de la misma manera* los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.

El artículo 2.512 señala que los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvas las excepciones siguientes:

i) El derecho de **herencia**[247] y el de **censo** se adquieren por la prescripción extraordinaria de **diez (10) años**;
ii) El derecho de **servidumbre** se adquiere según el artículo 882.[248]

[245] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T. II., p. 48.

[246] RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 199 y 200.

[247] El artículo 1.269 expresa que el derecho de petición de herencia expira en **diez (10) años**; pero **el heredero putativo**, en el caso del inciso final del Artículo 704, podrá oponer a esta acción la prescripción de **cinco (05) años**. Este tema, se analiza en Derecho Sucesorio.

[248] Ya vimos, que no todas las servidumbres se pueden adquirir por prescripción. El artículo 882 impide ganar por prescripción adquisitiva las **servidumbres discontinuas** y las **continuas inaparentes**, y la justificación de ello, radicaría en que **no pueden poseerse. Art. 882:** *"Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título,* ***ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlas. Las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de cinco (05) años****"*.

14) Efectos de la prescripción adquisitiva

Ya expresamos que la usucapión es un *modo de adquirir*, con ello queremos reafirmar que su principal efecto será justamente *la adquisición del dominio*.

Esta adquisición opera sólo si el prescribiente *así lo quiere*, toda vez que puede (una vez cumplido el plazo) renunciar a ella, o no alegarla.

La prescripción adquisitiva una vez cumplida, opera *retroactivamente*, vale decir, se reputa que quien adquirió por usucapión fue dueño desde que fue poseedor y comenzó a correr el respectivo plazo.[249] Que opere retroactivamente la prescripción adquisitiva, no es menor, toda vez que los gravámenes impuestos a la cosa por el prescribiente, durante el tiempo en que fue poseedor, *quedan a firme*; en cambio, los gravámenes establecidos por el verdadero dueño, durante el plazo de prescripción, serían *inoponibles* al nuevo propietario.[250]

Finalmente en cuanto a los efectos, el artículo 2.517 señala que toda acción por la cual se reclama un derecho, se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho.

14) Inscripción de la sentencia que declara la prescripción

La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción (art. 2.513). Siempre que por una sentencia ejecutoriada se reconociere, como adquirido por prescripción, el dominio o cualquiera otro de los derechos mencionados en los artículos 686 y siguientes, servirá de título

[249] El fundamento de este *efecto retroactivo* de la prescripción adquisitiva, se encuentra en el artículo 1.736 Nº 1. Dicha norma (que se estudia en profundidad en Derecho de Familia), dispone que la especie adquirida durante la **sociedad conyugal**, no pertenece al **haber absoluto** de ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella. Por consiguiente: No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges **poseía a título de señor** antes de ella, aunque **la prescripción** o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella.

[250] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., T. II., p. 51.

esta sentencia, y se inscribirá en el respectivo Registro o Registros (art. 689).

Conforme el artículo 52 Nº 1 del Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces, deben inscribirse la sentencia ejecutoria que declare la prescripción adquisitiva del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles.

CAPÍTULO V

VÍAS JURISDICCIONALES DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO Y LA POSESIÓN

I. GENERALIDADES

Un derecho o situación jurídica no sirve, si sólo tienen consagración legal o positiva, serían una mera declaración programática; debe el ordenamiento jurídico, además, entregar herramientas concretas destinadas a su protección, vale decir, garantías jurisdiccionales o procesales que permitan recurrir ante los tribunales para proteger a los titulares de tales derechos.

Así las cosas, estudiaremos las distintas acciones que la Constitución y la Ley establecen para la protección del dominio y la posesión. A este respecto, es menester distinguir,[1] entre las vías o medios generales de protección (no necesariamente pertenecientes al Derecho Civil), y las vías o medios consagrados en la legislación civil.

II. VÍAS O MEDIOS GENERALES DE PROTECCIÓN

1) EL RECURSO (ACCIÓN) DE PROTECCIÓN

El estudio en profundidad del recurso (acción) de protección, corresponde al Derecho Constitucional. El inciso primero del artículo 20 de la Constitución Política de la República, dispone: el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra **privación, perturbación o amenaza** en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en

[1] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 361.

lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, **23º, 24º y 25º** podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la **Corte de Apelaciones respectiva**, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.[2]

2) TERCERÍAS DE DOMINIO Y DE POSESIÓN

Puede resultar, que en un **juicio ejecutivo** se embarguen bienes que no son del deudor ejecutado. Para proteger al dueño y al poseedor de esos bienes, erróneamente embargados, el Código de Procedimiento Civil establece las llamadas *tercería de dominio* y *tercería de posesión*, en los artículos 518, 521[3] y siguientes, y demás pertinentes del Código de Procedimiento Civil. El análisis de las tercerías, corresponde al Derecho Procesal Civil.

3) QUERELLAS PENALES POR DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y RESTITUCIONES EN UN PROCESO PENAL

El Código Penal (en el Título IX de su Libro II, artículos 432 y siguientes) establece los llamados **delitos contra la propiedad**, dentro de los cuales se encuentran el *hurto*, el *robo*, y la *usurpación*. Además, dentro de un proceso penal, se puede ejercer aquella acción civil que tuviere por objeto **únicamente la restitución de la cosa**, la que deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189[4] del Código Procesal Penal, conforme lo señala el

[2] Véase el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del Recurso de Protección de Garantías constitucionales, que aparece en el apéndice de las ediciones oficiales del Código de Procedimiento Civil. Algunos, ven en el procedimiento judicial de reclamación por el monto de la indemnización en la expropiación, también una vía de protección jurisdiccional del dominio (D.L. 2.186 que también aparece en el apéndice de las ediciones oficiales del C.P.C.).

[3] El inciso 1º del artículo 521 del C.P.C. señala: "La tercería de dominio se seguirá en ramo separado con el ejecutante y el ejecutado, por los trámites del juicio ordinario, pero sin escrito de réplica y dúplica. Las tercerías de posesión (...) se tramitarán como incidente".

[4] El **artículo 189 del C.P.P.** dispone: *"Reclamaciones o tercerías. Las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin*

artículo 59 de este mismo Código. El estudio de estas temáticas, corresponde a las cátedras de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal.

III. VÍAS O MEDIOS CIVILES DE PROTECCIÓN DEL DOMINIO Y LA POSESIÓN

En los próximos acápites, estudiaremos la acción reivindicatoria, la acción publiciana, las acciones o interdictos posesorios, la acción de precario, y brevemente, las protecciones contempladas en el D.L. Nº 2.695. La acción de petición de herencia (símil de la reivindicatoria, para el derecho real de herencia) se estudia en Derecho Sucesorio.

IV. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

1) Regulación y concepto

El Código Civil, regula la acción reivindicatoria en el Título XII del Libro II, artículos 889 a 915.

Siempre se ha denominado a la acción reivindicatoria o acción de dominio, como la acción real por excelencia, definiéndosela en términos simples como aquella del dueño-no poseedor, contra el poseedor-no dueño.

El Código Civil la define legalmente en el artículo 889.

> **Art. 889:** *"La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela".*

---

*de obtener la **restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía**. La resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación. Lo dispuesto en el inciso precedente **no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor**. En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud de este artículo".*

2) REQUISITOS

Para que proceda la acción reivindicatoria, es menester cumplir con los siguientes requisitos:

i) Que se trate de un dueño que no está en posesión;
ii) Que exista un poseedor de la cosa; y
iii) Que la cosa sea reivindicable.

3) LEGITIMADO ACTIVO (QUIÉN PUEDE REIVINDICAR)

El artículo 893, dispone que la acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

El dueño es la persona que debe ejercitar la acción reivindicatoria, pero este dueño *no debe estar actualmente en posesión*, vale decir, debe *estar desposeído.*[5] Le corresponde al pretendido dueño probar su dominio, toda vez que tendrá que destruir la presunción legal (de dominio) del inciso final del artículo 700, que como ya se estudió, ampara al poseedor.

Respecto de la prueba del dominio, es preciso distinguir en cuanto al modo por el cual adquirió su dominio el reivindicante. Si el modo fue *originario*, basta con demostrar en juicio, que han concurrido los elementos que configuran el respectivo modo de adquirir (ocupación, accesión, prescripción, Ley). En cambio, si el modo fue *derivativo*, no basta con probar que operó el respectivo modo, puesto que con esta sola prueba no tendrá necesariamente acreditado el dominio; puede suceder que el antecesor no haya sido realmente dueño y –en tal caso– nada pudo transferir al sucesor, aplicándose el ya estudiado aforismo: *"Nemo plus iuris ad alium tranferre potest quam ipse habet"*; nos vuelve a aparecer aquí, la dificultad de la llamada prueba infernal o *probatio diabolica*. Como consecuencia de lo anterior, el reivindicante, generalmente se verá obligado a recurrir a la **usucapión** como prueba del dominio y causa de pedir de su acción reivindicatoria y, en caso que él no haya completado el tiempo de posesión requerido para que opere la prescripción, podría recurrir a la suma de posesiones del artículo 717. Quien ejerce la acción reivindicatoria, fundamentándola con la prescripción, basará su dominio frente a la sola

[5] Véase lo ya estudiado respecto de la **pérdida de la posesión**, en el capítulo dedicado a la adquisición, conservación y pérdida de la misma.

posesión del demandado, siempre y cuando este último, no oponga y justifique la prescripción adquisitiva, ahora a su favor.[6]

4) Legitimado pasivo (Contra quién puede reivindicarse)

La acción de dominio se dirige contra el actual poseedor (art. 895). La afirmación anterior es evidente, toda vez que la reivindicatoria se define como la acción del dueño-no poseedor *en contra del poseedor-no dueño.* Ésta, es la regla general.

Sin embargo, el artículo 915 establece una excepción, pudiendo ser legitimado pasivo el mero tenedor (*injusto detentador*).[7] Pero si el mero tenedor, suplanta de mala fe al poseedor (se da por poseedor, sin serlo), es condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor (art. 897).

Si el poseedor hubiere fallecido, la acción reivindicatoria se ejerce en contra de los herederos co-poseedores, o bien, contra alguno de ellos; pero, en este último caso, podrá intentarse la acción solamente por la parte o cuota de la cosa común que éste posea, o sobre la parte material que le haya sido adjudicada[8] (art. 899).

Ya dijimos, que la regla general es que el demandado de reivindicatoria sea **el actual poseedor**, y no, el que dejó de serlo (ex-poseedor). Ahora bien, como buena regla general, tiene

[6] Puede plantearse la dificultad, que el actor no pueda invocar la prescripción a su favor, y en tal caso el juez del fondo debe enfrentar los títulos de posesión del demandante y del demandado, porque la presunción del inciso final del 700 (que ampara supuestamente al demandado que es poseedor), podría ser destruida con una presunción judicial que favorezca ahora al reivindicador, si éste prueba asistirle una posesión de mayor calidad que la del demandado hasta el momento en que perdió su posesión. Aquí, nos enfrentamos ante la valoración comparativa de los títulos de posesión.

[7] El artículo 915, expresa que las reglas de este título (de la reivindicatoria) se aplicarán contra el que **poseyendo a nombre ajeno** (*el mero tenedor*) retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor. Además, recordemos que el artículo 896 señala que el **mero tenedor de la cosa que se reivindica** es obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene. Véanse aquí los artículos 896 y 282 del Código de Procedimiento Civil.

[8] En cambio, **las acciones personales por las prestaciones mutuas** que corresponden al poseedor difunto, en favor del actor que reivindica, sí se transmiten al heredero a prorrata de sus cuotas hereditarias (arts. 899 y 1354). Ello es así, habida consideración que la posesión es **un hecho** (intransmisible); en cambio, las obligaciones hereditarias (como las prestaciones mutuas) son perfectamente transmisibles y divisibles entre los herederos.

excepciones. La acción reivindicatoria, puede dirigirse excepcionalmente contra el ex-poseedor, vale decir, contra *el que dejó de poseer*. En esta materia deben analizarse dos situaciones, a saber: la del ex-poseedor de *buena fe* y la del ex-poseedor de *mala fe*.

Caso del ex-poseedor de buena fe. Se trata del que adquirió la posesión de la cosa con esta calidad, creyendo que adquirió la cosa por medios legítimos. Para determinar si procede acción reivindicatoria en su contra, nuevamente es preciso distinguir: Si perdió la posesión *fortuitamente*, no hay acción reivindicatoria en su contra; en cambio, si perdió la posesión (sin enajenar pero) *por su culpa*, tampoco procede la acción reivindicatoria, pero sí, habrá lugar a la indemnización de perjuicios por el hecho ilícito, conforme las reglas generales (arts. 2.314 y ss.).

Con todo, si el ex-poseedor perdió la cosa *por haberla enajenado*, y en razón de dicha enajenación se ha hecho difícil o imposible su persecución para el actor-reivindicador, habrá que determinar si el ex-poseedor enajenó ***sabiendo o no***, que la cosa le pertenecía al momento de la enajenación: Si enajenó *sabiendo actualmente que no era dueño*, se produce una subrogación real y el reivindicador puede pedir la restitución del precio recibido del ex-poseedor, es decir, lo que percibió de la persona a quien le enajenó (art. 898 inc. 1º). Cuando el reivindicador recibe el precio del ex-poseedor, está ratificando tácitamente la enajenación hecha por éste, que hasta ese momento le era inoponible (art. 898 inc. 2º).

Caso del ex-poseedor de mala fe. Nuevamente, para determinar si hay o no acción reivindicatoria en su contra, es menester distinguir ahora si el *ex-poseedor de mala fe* perdió la cosa fortuitamente o por culpa suya: Si perdió la cosa *fortuitamente*, no hay acción reivindicatoria en su contra, quedando sólo sujeto a responder de los frutos y deterioros, teniendo sí derecho a las expensas invertidas en la cosa durante el tiempo de posesión (art. 900 inc. 2º); Si perdió la cosa *por hecho o culpa suya*, **hay acción reivindicatoria** en su contra como si actualmente poseyere (art. 900 inc. 1º). En otros términos, la acción reivindicatoria se intentará *por la cosa* si es ello posible, y, *por el precio* de la enajenación *en subsidio*, más las indemnizaciones por las respectivas prestaciones mutuas, que estudiaremos más adelante. Análogamente al caso anterior, si el reivindicador recibe el precio habría *ratificación tácita de la enajenación* hecha por el ex-poseedor de mala fe (art. 900 inc. 3º). La misma regla se aplica al poseedor de buena fe, que durante el

juicio y por culpa suya se ha colocado en situación de no poder restituir la cosa (art. 900 inc. 4º).

5) Cosa reivindicable

Sólo las cosas *singulares* (art. 889) pueden reivindicarse. Ahora bien, qué cosas singulares: Conforme el artículo 890, pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles.[9] También son reivindicables, de acuerdo al artículo 891 y 892 *los otros derechos reales*,[10] excepto el derecho real de herencia.[11] Además, se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular.

6) Medidas de resguardo para el actor-reivindicante

Si reivindicándose una **cosa corporal mueble**, hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, podrá el actor pedir su **secuestro**;[12] y el poseedor, será obligado a consentir en él, o a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir (art. 901).

El secuestro es una *especie de depósito* en poder de un tercero de una cosa que dos o más personas disputan, mientras se resuelve definitivamente acerca de sus respectivos derechos. El secuestro es, por consiguiente, una medida conservativa o de precaución (art. 2.249). El depositario recibe la denominación especial de

[9] Existen cosas muebles, que no pueden ser reivindicadas. Estas son, las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una **feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase**. Justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla (art. 890).

[10] Conforme señalan Colin y Capitant, la acción reivindicatoria se refiere al derecho de propiedad; cuando se refiere al **usufructo** o a las **servidumbres** se llama **acción confesoria**. Ob. cit., p. 712.

[11] El derecho **real de herencia**, no es reivindicable porque no recae sobre una *cosa singular*, y además porque tiene su propia acción protectora, cual es **la acción de petición de herencia**, contenida en los artículos 1.264 y ss.

[12] El secuestro, es una de las **medidas precautorias** establecida en el Nº 1 del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil. El artículo 291 del mismo Código, señala que habrá lugar al secuestro judicial en el caso del artículo 901 del Código Civil, o cuando se entablen otras acciones con relación a cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa, la tenga en su poder.

secuestre. Puede ser convencional o judicial (o como medida prejudicial precautoria).[13]

Si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un **inmueble**, el poseedor seguirá gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero el actor tendrá derecho de **provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa**, y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía (art. 902).

La acción reivindicatoria se extiende al embargo, en manos de tercero, de lo que por éste se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa (art. 903).

7) PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA

El juicio reivindicatorio, es el procedimiento de **lato conocimiento** por excelencia. La tramitación de éste, se verifica por las reglas del **juicio ordinario**, vale decir, conforme el Libro II del Código de Procedimiento Civil, artículos 253 y siguientes.[14]

En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones

[13] El secuestro, se rige por las mismas normas del depósito con algunas excepciones, y por las reglas especiales del Código de Procedimiento Civil si es judicial (art. 2.250; arts. 279, 290 Nº 1, 291, 292, 443 Nº 3, 451 C.P.C.), podría recaer sobre bienes raíces (art. 2.251). Este depósito no debe restituirse "a voluntad del depositante" sino hasta que exista sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 2.256). El secuestre, en caso de perder la tenencia de la cosa, puede reclamarla contra toda persona, incluso cualquiera de los depositantes que la haya tomado sin el consentimiento del otro o sin decreto del juez (art. 2.254). El secuestre de un inmueble tiene las facultades y deberes de mandatario respecto de su administración y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario. Vid. NAVARRO, *"Teoría General de los contratos…"*, ob. cit., p. 265.

[14] La regla general, es que la **acción de dominio** (o reivindicatoria), se tramite conforme las reglas del **juicio ordinario**. Sin embargo, y en forma excepcional el D.L. Nº 2.695, en su artículo **26** establece: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19º los terceros podrán,* ***dentro del plazo de un año****, contado desde la fecha de la inscripción del inmueble practicada por resolución administrativa o judicial, deducir ante el tribunal señalado en el artículo 20º* **las acciones de dominio que estimen asistirles***. El procedimiento se ajustará a las reglas del* ***juicio sumario*** *establecido en el Título XI del Libro III, del Código de Procedimiento Civil"*.

legales (art. 134 C.O.T.). Si la acción entablada fuere inmueble, será competente para conocer del juicio el juez del lugar que las partes hayan estipulado en la respectiva convención. A falta de estipulación será competente, a elección del demandante: i). El juez del lugar donde se contrajo la obligación; o ii). El del lugar donde se encontrare la especie reclamada. Si el inmueble o inmuebles que son objeto de la acción estuvieren situados en distintos territorios jurisdiccionales, será competente cualquiera de los jueces en cuya comuna o agrupación de comunas estuvieren situados (art. 135 C.O.T.). Si una misma acción tuviere por objeto reclamar cosas muebles e inmuebles, será juez competente el del lugar en que estuvieren situados los inmuebles. Esta regla es aplicable a los casos en que se entablen conjuntamente dos o más acciones, con tal que una de ellas por lo menos sea inmueble (art. 137 C.O.T.).

8) Las prestaciones mutuas

8.1) Generalidades, concepto y campo de aplicación

Las prestaciones mutuas, están reguladas en los artículos 904 a 914 del Código Civil. Encuentran su fundamento, en el principio de la *proscripción del enriquecimiento ilícito o sin causa.* Peñailillo,[15] señala que las prestaciones mutuas consisten en las devoluciones e indemnizaciones que recíprocamente se deben el reivindicante y el poseedor cuando este último es vencido en la acción reivindicatoria.

La aplicación de estas reglas, no sólo cabe dentro de la acción reivindicatoria. También cobran importancia, en la *acción de nulidad* (1.687), en la *acción de petición de herencia* (art. 1.266), en la *accesión industrial* (art. 669), con algunas variantes en la *acción de repetición* emanada del cuasicontrato del *pago de lo no debido* (arts. 2.300 y ss.), y en todos aquellos casos en que no exista norma expresa para restituciones y devoluciones análogas.

La buena o mala fe, aquí juega un rol fundamental. La buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción, y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas (art. 913).

[15] Ob. cit., pp. 379 y ss.

8.2) Prestaciones del poseedor vencido al reivindicante

A) Restitución de la cosa

Si es vencido el poseedor, restituirá la cosa en el plazo que el juez señalare; y si la cosa fue secuestrada, pagará el actor al secuestre los gastos de custodia y conservación, y tendrá derecho para que el poseedor de mala fe se los reembolse (art. 904). En la restitución de una heredad se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por su conexión con ella. Las otras no serán comprendidas en la restitución, si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia; pero podrán reivindicarse separadamente. En la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves. En la restitución de toda cosa, se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor (art. 905).

B) Indemnización de los deterioros sufridos por la cosa

El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa. El poseedor de buena fe, mientras permanece en ella, no es responsable de estos deterioros, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; por ejemplo, destruyendo un bosque o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo (art. 906).

C) Restitución de los frutos

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder. *El poseedor de buena fe*[16] no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda: en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas del poseedor de mala fe. (art. 907).

[16] Recordemos que éste, es un caso de **Ley** como modo de adquirir.

8.3) Prestaciones del reivindicante al poseedor vencido

A) Indemnización de los gastos ordinarios por la producción de frutos

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos (art. 907 inc. final).

B) Indemnización de las mejoras introducidas en la cosa

Se entiende por *mejora o expensa*, toda obra ejecutada para la conservación de la cosa, para aumentar su valor o para fines de ornato y recreo.[17] Siguiendo este concepto, se distinguen tres clases de mejoras: las *necesarias*, las *útiles* y las *voluptuarias*, respectivamente.

a) Mejoras o expensas necesarias

Las mejoras necesarias, son aquellas destinadas a la conservación de la cosa. El poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, según las reglas siguientes (art. 908):

i) Si estas expensas (o mejoras) se invirtieron en *obras permanentes*, como una cerca para impedir las depredaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonarán al poseedor dichas expensas, en cuanto hubieren sido realmente necesarias; pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.

ii) Si las expensas se invirtieron en *cosas que por su naturaleza no dejan un resultado material permanente*, como la defensa judicial de la finca, serán abonadas al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren ejecutado con mediana inteligencia y economía.

b) Mejoras útiles

Las mejoras útiles, son aquellas que aumentan el valor de la cosa.

---

[17] Peñailillo, ob. cit., p. 380.

El *poseedor de buena fe*, vencido, tiene asimismo derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hechas antes de contestarse la demanda. Sólo se entenderán por mejoras útiles las que hayan aumentado el valor venal de la cosa. El reivindicador elegirá entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consisten las mejoras o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo. En cuanto a las obras hechas después de contestada la demanda, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que por el artículo 910 se conceden al poseedor de mala fe (art. 909).

El *poseedor de mala fe* no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles de que habla el artículo precedente. Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados (art. 910). Se entenderá que la separación de los materiales permitida, es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de ejecutarse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente en su estado anterior, y se allanare a ello (art. 912).

c) Mejoras voluptuarias

En cuanto a las mejoras voluptuarias, el propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe. Sólo tendrán el derecho que el artículo 910 concede al poseedor de mala fe respecto de las mejoras útiles. Se entienden por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa, en el mercado general, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante (art. 911).

8.4) Derecho de retención del poseedor vencido

Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, *podrá* ***retener la cosa*** *hasta que se verifique el pago*, o se le asegure a su satisfacción (art. 914).

V. LA ACCIÓN PUBLICIANA

La acción publiciana,[18] está consagrada en el artículo 894.

Art. 894: *"Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.*

Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho".

Alejandro Guzmán,[19] señala que es una contradicción asimilar la reivindicatoria a la publiciana como lo hace el Código Civil. La contradicción radica en que la publiciana no exige probar dominio, en tanto la reivindicatoria incluso es llamada oficialmente la acción de dominio; si bien con ambas se recupera la posesión perdida. Por lo tanto –concluye el autor– no puede ser *la misma acción* como expresa el artículo.

La acción reivindicatoria la Ley se la concede al dueño, pero existe la acción publiciana, que es una acción similar a la reivindicatoria, pero concedida exclusivamente al *poseedor regular*, que ha perdido la posesión cuando se hallaba en el caso de poder ganar el dominio de la cosa por prescripción. Esta acción especial no puede ejercerse empero, contra el verdadero dueño, ni contra el poseedor de igual o mejor derecho (art. 894[20]).

---

[18] La acción publiciana (*publiciana in rem actio*) –llamada también algunas veces *vindicatio utilis*– era concedida por el *pretor Publicio* a aquellos que, habiendo adquirido con buena fe y justo título una cosa, y antes de haber consumado a su favor la usucapión, perdían la posesión de ella, para que pudieran dirigirse contra cualquier detentador que tuviese título inferior al suyo. Con esta acción se protege al poseedor de mejor derecho frente a otro poseedor de peor derecho. Descansaba en una ficción jurídica, cual era la de suponer el pretor, que el poseedor demandante había ya cumplido la usucapión. COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 721.

[19] Ob. cit., p. 231.

[20] Este artículo, plantea la duda con respecto a la expresión *que se hallaba en caso de ganarla por prescripción.* Algunos, estiman que estaría en esta situación el poseedor que ya cumplió el plazo de prescripción, y que **no tiene todavía sentencia declarativa** de la prescripción en su favor, señalándose que no puede tratarse del poseedor que tiene plazo de prescripción pendiente, porque estaríamos ante una interpretación que implicaría una interrupción de la prescripción que impediría ganar la cosa por prescripción. Otro sector doctrinal, estima que se trata del poseedor regular a quien le **ha corrido todo o parte del plazo de prescripción**, porque tanto en uno u otro caso estaría en posibilidad de adquirir la cosa por prescripción y, si bien la pérdida de la posesión es una interrupción natural, si se recupera la posesión por medio de esta acción debe entenderse que no ha habido

VI. LAS ACCIONES POSESORIAS

1) GENERALIDADES Y CONCEPTO

Las acciones posesorias son las que protegen el *simple hecho* de la *posesión de un inmueble*, sin que se discuta la existencia misma del derecho real,[21] porque para ello está el juicio de lato conocimiento por antonomasia: la reivindicatoria. Las *posesorias*, permiten al poseedor defender, por lo menos provisionalmente, contra cualquier ataque, aunque proceda del verdadero propietario, la situación de hecho que disfruta, y mantenerse en ella en espera que su adversario obtenga una sentencia sobre el fondo del derecho.[22]

Las acciones posesorias son conocidas también como querellas o interdictos posesorios. Su concepto legal, lo encontramos en el artículo 916.

> **Art. 916:** *"Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos"*.

2) POSESIÓN QUE ESTÁ PROTEGIDA

Como señala el artículo 916, sólo la posesión de los **inmuebles** (y de los derechos reales constituidos en ellos) pueden ser objeto de acción posesoria. Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria (art. 917).

3) QUIÉN PUEDE ACCIONAR

Sólo tiene acción posesoria, el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida **un año completo** (art. 918). El heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese (art. 919).

El usufructuario, el usuario, y el que tiene derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones poseso-

interrupción, quedando habilitado el poseedor para ganar la cosa por prescripción. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., T.II., pp. 271 y ss.

[21] COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 712.

[22] Ibid.

rias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, *aun contra el propietario mismo*. El propietario es obligado a auxiliarlos contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto. Las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario o el que tiene derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca o de derechos anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio (art. 922).

Excepcionalmente, puede accionar además del poseedor *el mero tenedor*, en la querella o acción de **reestablecimiento** conforme lo expresa el artículo 928, el cual señala que todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, *sea de la mera tenencia*, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. **Este derecho prescribe en seis meses**. Restablecidas las cosas, y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

4) Prescripción extintiva de la acción

Las acciones que tienen por objeto *conservar la posesión*, prescriben al cabo de **un año completo**, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella. Las que tienen por objeto *recuperarla*, expiran al cabo de **un año completo** contado desde que el poseedor anterior la ha perdido. Si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad. Las reglas que sobre la continuación (suma) de la posesión se dan en los artículos 717, 718 y 719, se aplican a las acciones posesorias (art. 920). La querella de reestablecimiento, prescribe en **seis meses** (art. 928).

5) Tipologías de acciones posesorias

Además de las acciones *posesorias especiales* que se verán más adelante, conforme lo ya expresado, existen las siguientes tipologías de acciones, interdictos o querellas posesorias:

i) La querella de **amparo** (arts. 916 y 921 C.C.; 549; 551 C.P.C.), es aquella que tiene por objeto *conservar* la posesión;

ii) La querella de **restitución** (arts. 916 y 926 C.C.; 549; 551 C.P.C.), es aquella que tiene por objeto *recuperar* la posesión;

iii) La querella de **reestablecimiento** (art. 928 C.C.; 549; 551 C.P.C.), es aquella concedida a todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, a fin que se le restituya en el estado existente anterior al acto de violencia.

6) INDEMNIZACIONES Y PROTECCIÓN AL POSEEDOR

El poseedor tiene derecho para pedir que no se le *turbe* o *embarace* su posesión o se le *despoje* de ella, que se le *indemnice del daño* que ha recibido, y que *se le dé seguridad* contra el que fundadamente teme (art. 921). El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya, *con indemnización* de perjuicios (art. 926).

7) PROTECCIÓN PENAL

Los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el Código Penal correspondan (art. 929).

8) LEGITIMADO PASIVO

El legitimado pasivo en las acciones posesorias, es aquel que amenaza, embaraza o turba la respectiva posesión. Ahora bien, conforme el artículo 927, la acción para la restitución puede dirigirse no sólo contra el usurpador, sino contra toda persona, cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título. Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe; y habiendo varias personas obligadas, todas lo serán insólidum, vale decir, solidariamente.

9) PRUEBA EN LOS JUICIOS POSESORIOS

Al querellante, corresponde acreditar que está *en posesión* tranquila y no interrumpida por más de un año, y además los hechos

en que consisten la turbación, molestia, embarazo o despojo respectivos.

En los juicios posesorios *no se tomará en cuenta el dominio* que por una o por otra parte se alegue. Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente, ni valdrá objetar contra ellos otros vicios o defectos que los que puedan probarse de la misma manera (art. 923).

La posesión de los *derechos inscritos* se prueba por la **inscripción** y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla (art. 924). Se deberá probar la *posesión del suelo* por **hechos positivos**, *de aquellos a que sólo da derecho el dominio*, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y *otros de igual significación,*[23] *ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión* (art. 925).

10) Normas procesales

Los artículos 549 a 583 del Código de Procedimiento Civil, se refieren a las acciones, interdictos o querellas posesorias. Su estudio profundizado, corresponde al Derecho Procesal Civil. Como las acciones posesorias se encaminan primordialmente a la *conservación del orden social*, impidiendo que los particulares *tomen la justicia por su mano*, su procedimiento es breve, sumario y concentrado.[24] Además, conforme el artículo 563 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias pronunciadas en los juicios posesorios dejan a salvo a las partes, *el ejercicio de las acciones ordinarias* que les correspondan con arreglo a Derecho; algo similar a lo que ocurre con el recurso *(acción) de protección* cuando se basa en una *privación, perturbación* o *amenaza* del numeral 24 del artículo 19 de la C.P.R..[25]

El artículo 549 del Código de Procedimiento Civil, establece que los interdictos o juicios posesorios sumarios pueden intentarse:

i) Para conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos;

---

[23] Con esta frase, queda claro que no es una enumeración taxativa.

[24] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., T. II, p. 308.

[25] Cosa juzgada formal, mas no sustancial.

ii) Para recuperar esta misma posesión;
iii) Para obtener el restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los mismos bienes, cuando dicha posesión o mera tenencia hayan sido violentamente arrebatadas;
iv) Para impedir una obra nueva;
v) Para impedir que una obra ruinosa o peligrosa cause daño, y
vi) Para hacer efectivas las demás acciones posesorias especiales que enumera el Título XIV, Libro II del Código Civil.

En el primer caso, el interdicto se llama *querella de amparo*; en el segundo, *querella de restitución*; en el tercero, *querella de restablecimiento*; en el cuarto, *denuncia de obra nueva*; en el quinto, *denuncia de obra ruinosa*; y en el último, *interdicto especial*.

11) ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Las restantes acciones posesorias, se encuentran reguladas en los artículos 930 a 950 del Código Civil, y 565 a 583 del Código de Procedimiento Civil. Esta regulación comprende:

i) La denuncia de obra nueva;
ii) La denuncia de obra ruinosa; y
iii) Otros interdictos especiales.

El poseedor tiene derecho para pedir que **se prohíba toda obra nueva** que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión. Pero no tendrá el derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc., con tal que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras. Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, acequias, cañerías, etc. (art. 930). Son obras nuevas denunciables las que construidas en el predio sirviente embarazan el goce de una servidumbre constituida en él. Son igualmente denunciables las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no esté sujeto a tal servidumbre. Se declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviesa el plan vertical de la línea divisoria de dos predios, aunque no se apoye sobre el predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él (art. 931).

El que tema que la **ruina de un edificio vecino** le pare perjuicio, tiene derecho de querellarse al juez para que se mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa. Si el daño que se teme del edificio no fuere grave, bastará que el querellado rinda caución de resarcir todo perjuicio que por el mal estado del edificio sobrevenga (art. 932). En el caso de hacerse por otro que el querellado la reparación de que habla el artículo precedente, el que se encargue de hacerla conservará la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus partes, salvo si fuere necesario alterarlas para precaver el peligro. Las alteraciones se ajustarán a la voluntad del dueño del edificio, en cuanto sea compatible con el objeto de la querella (art. 933).

Si notificada la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado. No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido notificación de la querella (art. 934). Las disposiciones precedentes se extenderán al peligro que se tema de cualesquiera construcciones; o de árboles mal arraigados, o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (art. 935). Ninguna prescripción se admitirá contra las obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso (art. 937).

El dueño de una casa tiene derecho para impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua, o materias húmedas que puedan dañarla. Tiene asimismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, ni hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros. Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia sus raíces, podrá el juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañen a los edificios vecinos: el máximum de la distancia señalada por el juez será de cinco metros. Los derechos concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles, flores u hortalizas plantadas, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes (art. 941). Si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno, o penetra en él con

sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas, y cortar él mismo las raíces. Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida (art. 942).

Siempre que haya de prohibirse, destruirse o enmendarse una obra perteneciente a muchos, puede intentarse la denuncia o querella contra todos juntos o contra cualquiera de ellos; pero la indemnización a que por los daños recibidos hubiere lugar, se repartirá entre todos por igual, sin perjuicio de que los gravados con esta indemnización la dividan entre sí a prorrata de la parte que tenga cada uno en la obra. Y si el daño sufrido o temido perteneciere a muchos, cada uno tendrá derecho para intentar la denuncia o querella por sí solo, en cuanto se dirija a la prohibición, destrucción o enmienda de la obra; pero ninguno podrá pedir indemnización, sino por el daño que él mismo haya sufrido, a menos que legitime su personería relativamente a los otros (art. 946). Las acciones concedidas en este título no tendrán lugar contra el ejercicio de servidumbre legítimamente constituida (art. 947).

La Municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá, en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una **acción popular** haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda a la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad (art. 948). **Las acciones municipales o populares** se entenderán sin perjuicio de las que competan a los inmediatos interesados (art. 949).

Las acciones concedidas en este título para la **indemnización de un daño sufrido**, **prescriben** para siempre al cabo de un **año completo**. Las dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo. Si las dirigidas contra una obra nueva no se instauraren dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria. Pero ni aun esta acción tendrá lugar, cuando,

según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho (art. 950).

VII. LA ACCIÓN DE PRECARIO

1) Generalidades

La Ley, dentro del comodato precario, regula una **situación de hecho** que consiste en el goce gratuito de una cosa ajena sin ningún título que lo legitime, sea por mera tolerancia del dueño o que se verifique por ignorancia suya: esta situación se denomina simplemente *"precario"*.

El artículo 2195 inciso 2º establece que *"constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño"*.

2) Diferencias entre el precario y el comodato precario

La primera gran diferencia, dice relación con el origen contractual de ambas figuras. La distinción fundamental entre el precario y el comodato precario, radica en que el segundo es un **contrato**, en cambio el primero no. Esta diferencia es gravitante al momento de ejercer las acciones judiciales, y en su caso para preparar la respectiva defensa. La segunda diferencia, es que la acción derivada del **comodato precario** es una acción **personal**, que emana obviamente del contrato, y por lo tanto, sólo puede ejercerla quien celebró como comodante el respectivo contrato, y prescribirá conforme a las reglas generales (3 ó 5 años). En cambio, según la opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, la **acción de precario**, emana del derecho de dominio de su titular, y por esta razón es **real**. Puede oponerla el dueño respecto de cualquiera que detente la cosa sin título, y además la acción prescribirá sólo cuando pierda el derecho de dominio su titular. La tercera diferencia, dice relación con el hecho que puede darse en comodato (y también en comodato precario) una cosa ajena, y por ende, tendrá acción de comodato precario alguien que no sea dueño. En cambio, **no hay acción de precario, cuando la cosa es ajena**, toda vez que sólo el dueño es titular de la acción. Finalmente, la cuarta diferencia,

se refiere a materias probatorias. Cuando se demanda de comodato precario, obviamente el actor ha de probar la **existencia del contrato**, si no ha habido contrato, o no logra probarlo el actor, no puede prosperar su acción. En cambio, cuando se demanda sólo precario, no es necesario probar la existencia de ningún contrato, toda vez que ésta es una **situación de hecho**.

3) Elementos de la acción de precario

El dueño podrá recobrar la tenencia de la cosa en cualquier tiempo, debiendo acreditar cada uno de los siguientes requisitos copulativos:

i) Que es *dueño*;
ii) Que el demandado detenta la cosa, *sin título*;
iii) Que la tenencia se ha producido por *ignorancia* o *mera tolerancia* del dueño.

En relación al *primer requisito* huelga aquí remitirnos a lo ya señalado a propósito de la prueba del dominio en la acción reivindicatoria.[26] En relación al *segundo requisito*, diremos que no basta cualquier título para enervar la acción de precario: debe tratarse de uno que *por su sola naturaleza sea idóneo* para poner la cosa en disposición del demandado, y que *sea oponible al dueño-demandante*.[27] En relación al *tercer requisito*, el actor debe acreditar

---

[26] Es interesante, sin embargo, detenernos en el caso del(los) **comunero(s) que demanda(n) de precario**. Sobre este respecto, es menester efectuar las siguientes distinciones: a). Si quien demanda resulta ser *un solo comunero*, la demanda es improcedente, porque el demandante no es exclusivo dueño; b). Si el comunero demanda *por sí* y en *representación de los demás comuneros* y de la *comunidad* con *mandato suficiente* no existen inconvenientes para que prospere la acción si logra acreditar los demás requisitos de ésta. El problema se presenta cuando se obra sin mandato o poder. Antiguamente, se sostuvo que el comunero podía demandar basándose en un mandato tácito de la comunidad; hoy en día la doctrina y la jurisprudencia han rechazado la idea del mandato tácito; y c). ¿Qué ocurre cuando un comunero tiene la cosa en su poder, pueden los demás demandarlo de precario para obtener la restitución? La respuesta es negativa, puesto que los comuneros no son propietarios exclusivos, además el comunero demandado tiene título. Ramos P., René, *"El Precario"*, en RDJ, Tomo XXX, p. 212; Claro S., Luis, *Explicaciones de Derecho Civil*, T. VI, p. 517; Somarriva U., Manuel, *Indivisión y partición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956; RDJ, Tomo LIII, Sec. 2ª, p. 70.

[27] No creemos aceptable, negar lugar a las acciones de precario cuando el demandado exhibe cualquier título, aunque sea inoponible al demandante. No es tampoco contrato idóneo para oponer la *promesa de compraventa* que hubiere celebrado el actor con el demandado.

alguna de las dos situaciones contempladas en el artículo 2.195: o *la ignorancia,* o la *mera tolerancia* suyas.

La acción de precario, se tramita según las reglas del juicio sumario (art. 680 Nº 6º C.P.C.).

VIII. PROTECCIONES CONTEMPLADAS EN EL D.L. Nº 2.695

1) Generalidades y efectos de la regularización

Este D.L. Nº 2.695, establece normas para la **regularización de la posesión** de la pequeña propiedad raíz y para la **constitución del dominio** sobre ella.[28]

El inciso primero del artículo 1º del **D.L. 2.695**, dispone que los *poseedores materiales* de bienes raíces rurales o urbanos, cuyo avalúo fiscal para el pago del impuesto territorial *sea inferior a ochocientas o a trescientas ochenta unidades tributarias*, respectivamente, *que carezcan de título inscrito,* podrán solicitar al Ministerio de Bienes Nacionales (a través de la SEREMI respectiva) que se les reconozca la calidad de poseedores regulares de dichos bienes a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción, de acuerdo con el procedimiento que se establece en dicha norma. El artículo 2º Nº 1 del mismo D.L. expresa que para ejercitar el derecho a que se refiere el artículo anterior, el solicitante deberá reunir los siguientes requisitos: i). Estar en posesión del inmueble, por sí o por otra persona en su nombre, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, **durante cinco años, a lo menos**; y ii). Acreditar que **no existe juicio pendiente** en su contra en que se discuta el dominio o posesión del inmueble, iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud.

[28] El texto íntegro de esta norma, aparece en el apéndice de las ediciones oficiales del Código Civil. También disponible en www.bienes.cl . Se ha discutido la **constitucionalidad** de esta normativa. Sin perjuicio que el estudio de esta temática, corresponde al Derecho Constitucional, vemos difícil que se declare inconstitucional (o inaplicable) un D.L. que ha sido legitimado con las modificaciones legales que se le han introducido. Con ello, se legitima una norma dictada en tiempos de facto, la cual por pura definición (D.L.) es inconstitucional. La última modificación fue a través de Ley Nº 19.930 del año 2004. Habrá que esperar qué sucederá con la nueva justicia constitucional que se estableció en la reforma constitucional del año 2005.

El **procedimiento de regularización**, se encuentra en los artículos 10 a 14 de la norma ya citada.[29]

En cuanto a los **efectos**, el artículo 15 dispone que la resolución que acoja la solicitud *se considerará como justo título.* Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, *el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales*, aunque existieren en favor de otras personas inscripciones *que no hubieran sido materialmente canceladas. Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción del interesado,* ***se hará dueño del inmueble por prescripción****, la que no se suspenderá en caso alguno.* La resolución y la sentencia a que se refiere el artículo 25 de este D.L., se subinscribirán al margen de la respectiva inscripción de dominio a la que afecte el saneamiento, si se tuviere conocimiento de ella.

El artículo 16 del D.L. Nº 2.695, señala que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 15, expirado el plazo de un año a que esa disposición se refiere, **prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio**, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipotecas relativos al inmueble inscrito de acuerdo con la presente ley. Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, **una vez transcurrido el citado plazo de un año, se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley**, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecedían a las que se cancelan.

Con lo dicho, la pregunta que cabe hacerse es ¿qué pasa con el dueño de esta propiedad que se pretende regularizar o que derechamente ya se regularizó e inscribió; qué derechos tiene?

2) Derechos de los terceros

El título IV del D.L. Nº 2.695 regula el *ejercicio de derechos por terceros,* vale decir, aquellos terceros que –como el propietario o un poseedor de mejor derecho– ven vulnerados sus intereses por quienes hacen uso de esta normativa. El artículo 18, dispone que los terceros que pretendan *impugnar la solicitud o la inscripción* practicada a nombre del peticionario, sólo podrán hacerlo ejerciendo

[29] El estudio pormenorizado de las disposiciones de este D.L., corresponde a un curso de especialización o postgrado.

los derechos que se les confiere en el presente título, dentro de los plazos y de acuerdo con las normas que se establecen en los artículos 19 a 30, y que son: la *oposición*, las *acciones de dominio*, y la *compensación de derechos en dinero.*

2.1) La oposición

La oposición, ha de fundarse en alguna de las causales que contempla el artículo 19 del D.L. Nº 2.695, y deberá deducirse **ante la SEREMI de Bienes Nacionales** respectiva, dentro del plazo de **treinta días hábiles, contado desde la última publicación** a que se refiere el artículo 11º y deberá contener la individualización de él o los oponentes, sus fundamentos, los documentos y demás medios de prueba en que se apoya y las peticiones concretas que se formulen. Presentada la oposición, la cual *se entenderá como demanda para todos los efectos legales*, el órgano administrativo deberá abstenerse de continuar la tramitación y **remitirá de inmediato los antecedentes al juez de letras en lo civil** dentro de cuyo territorio jurisdiccional se encuentre el predio, lo que será notificado por carta certificada tanto al peticionario como al oponente. Si el predio estuviere en dos o más territorios jurisdiccionales, será competente el juez de cualquiera de ellos. Si existieren varios juzgados de igual jurisdicción, será competente el que se encontrare de turno en el momento de la interposición de la oposición (art. 20 D.L. Nº 2.695).

Aceptada la oposición, el juez debe ordenar inscripción a nombre del oponente, y la inscripción que así se practique producirá los mismos efectos que los señalados en el artículo 14 del D.L. 2.695 (art. 24 D.L. 2.695).

2.2) Las acciones de dominio

Sin perjuicio de la *oposición* recién expresada, los terceros podrán, **dentro del plazo de un año**, contado desde la fecha de la inscripción del inmueble practicada por resolución administrativa o judicial, deducir ante el tribunal señalado en el artículo 20 del D.L. citado, **las acciones de dominio que estimen asistirles** (art. 26 D.L. Nº 2.695). El procedimiento se ajustará a las reglas del **juicio sumario** (arts. 680 y ss. C.P.C.).[30] Si el tribunal acogiere esta acción

[30] Esta normativa, hace excepción a la regla general que señala que la reivindicatoria (acción de dominio) se tramita conforme el **juicio ordinario**.

de dominio, ordenará la cancelación de la inscripción practicada conforme el procedimiento del D.L. Nº 2.695, y así conservan su *plena vigencia las inscripciones que existían con anterioridad* (art. 27 D.L. 2.695).

2.3) La compensación de derechos en dinero

Los terceros que acrediten dominio sobre todo el inmueble o una parte de él y que no hayan ejercido *oportunamente* las acciones *de oposición o de dominio* señaladas en los acápites anteriores, así como los que pretendan derechos de comunero sobre el mismo o ser titulares de algún derecho real que lo afecte, *podrán exigir que tales derechos le sean compensados en dinero*, conforme al procedimiento y monto señalado en los artículos 28, 29 y 30 del D.L. Nº 2.695. Esta acción se tramita ante el mismo tribunal competente ya señalado y se tramita conforme el juicio sumario. Este derecho de compensación, prescribe a los **cinco años** contados desde la inscripción.

CAPITULO SEXTO

DERECHOS REALES LIMITATIVOS DEL DOMINIO

I. GENERALIDADES

Al estudiar en el capítulo primero de este trabajo, los *límites al derecho de propiedad*, señalamos que habían algunos expresamente señalados en el Código Civil.

El artículo 732, señala que el dominio puede verse limitado por la *propiedad fiduciaria*, por los *derechos de usufructo, uso o habitación*, y por las *servidumbres*. A ello, nos referiremos a continuación.[1]

II. LA PROPIEDAD FIDUCIARIA

1) Generalidades y concepto

1.1) Breve historia

La Propiedad Fiduciaria es una institución surgida del Derecho Romano, se trata de **comisiones de confianza**, de ahí deriva su nombre *"fidei tuae commito"*(encomiendo a tu conciencia). Su función original fue, que personas inhabilitadas por el *ius civile* o *las leges* para adquirir herencias y legados, pudieran adquirirlas.[2] Posteriormente se utilizó con otros fines, como el de mantener las fortunas, principalmente territoriales y poner límite a las dilapidaciones de los hijos. En la Edad Media la figura se mantuvo,

---

[1] El desarrollo de los próximos acápites, fue elaborado por el ayudante de cátedra del Curso de Derecho Civil II del año 2006, y alumno de quinto año de la Carrera de Derecho de la Universidad de Atacama, don **Paulo Muñoz Pedemonte**.

[2] Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano,* p. 733, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, año 1996.

dando origen, entre otras figuras jurídicas, a los mayorazgos, figura combatida por los ideales de la Revolución Francesa y especialmente por Bernardo O`higgins, en los comienzos de la República y limitada por Bello en el mensaje,[3] con el objeto de no entorpecer la libre circulación de los bienes.

1.2) Concepto

Artículo 733: *"Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.*

La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria".

La Propiedad Fiduciaria es una especie de propiedad, que no goza del carácter de absoluta, pues está sujeta a una condición. No constituye un derecho real distinto del dominio, sino que es una limitación del mismo, conforme al artículo 732 del Código Civil. En esta figura participan tres sujetos. El constituyente, que es el propietario de un bien, que dispone de la cosa objeto de su dominio, transfiriéndola a un tercero, bajo la condición de restituirla a otro sujeto. El Propietario Fiduciario, que es la persona a la que se transfiere el dominio de la cosa, bajo condición de restituirla al Fideicomisario, al cumplirse el evento incierto y el Fideicomisario, que es aquel sujeto a quien debe hacerse la restitución en el evento de cumplirse la condición.

El Propietario Fiduciario es dueño de la cosa, pero su dominio no es esencialmente perpetuo, por estar sujeto a una condición resolutoria.[4] En esta figura, a diferencia de otras que se estudian en este curso, como derechos reales limitados, no hay dos derechos.

[3] *"Se ha reconocido en ella una emanación del derecho de propiedad, pues todo propietario parece tenerlo para imponer a sus liberalidades las limitaciones y condiciones que quiera. Pero admitido en toda su extensión este principio pugnaría con el interés social, embarazando la circulación de los bienes". (…) "Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos; porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria".* Mensaje del Código Civil.

[4] *"Artículo 1.479. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho**; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho**".*

Sólo hay un derecho de dominio, lo que ocurre es que su titular, el Fiduciario está sujeto a la eventualidad de perder su derecho, y a su vez, el Fideicomisario tiene la expectativa de adquirirlo, por la verificación del hecho futuro e incierto que constituye la condición.

2) Elementos del fideicomiso

2.1) Cosa susceptible de darse en Fideicomiso

La regla general es que cualquier bien pueda darse en Fideicomiso, salvo los consumibles (art. 734), pues el Fiduciario debe restituir la cosa, cumplida la condición, lo que sería ilusorio si el bien fuere consumible, pues se destruiría por su uso. Lo mismo se dice del dinero, por su carácter jurídicamente fungible, sin perjuicio que, del fideicomiso puedan provenir dineros, como en el caso de la herencia que está compuesta por dinero. Tampoco serían susceptibles de Fideicomiso, los bienes determinados genéricamente, dado que el Fideicomiso implica la restitución de la cosa, por ello es de la "esencia" que la cosa restituida sea la misma que en su momento fue entregada. Además el Fiduciario tiene el deber de conservar la cosa, lo cual sería absurdo si la cosa fuera genérica.

La doctrina se ha preguntado si es posible adquirir por prescripción adquisitiva la Propiedad Fiduciaria. Algunos autores, apoyando la negativa señalan, que el Fideicomiso, solo puede constituirse por lo medios que la ley indica. Por lo tanto, no sería posible adquirir la Propiedad Fiduciaria por prescripción adquisitiva o usucapión, pues ésta solo nace por los medios establecidos en la Ley. Otros autores señalan, que cuando el artículo 2.498 del Código Civil, se refiere a las cosas que pueden adquirirse por prescripción, no exceptúa a la Propiedad Fiduciaria, por ello, sería posible adquirirla por este medio. Don Manuel Somarriva hacía otra distinción, entre la adquisición y la constitución. El Fideicomiso podía adquirirse por prescripción, en cambio la constitución, sólo podía hacerse por los medios señalados por la Ley. Ahora bien, es claro que puede adquirirse por prescripción el dominio de la cosa dada en fideicomiso, cuando se hace en su carácter de plena y absoluta, no ya, como propiedad fiduciaria.

2.2) Constituyente, Fiduciario y Fideicomisario

a) Constituyente: es el propietario del bien, que dispone de la cosa objeto de su dominio, ya sea entre vivos o por testamento, transfiriéndola a un tercero, bajo la condición de restituirla a otro sujeto, denominado Fideicomisario, si se verifica una condición. Si el Constituyente no designa al Fiduciario, será el mismo quien detentará la cosa como fiduciario.

b) Fiduciario: es la persona a la que se le transfiere el dominio de la cosa, bajo condición de restituirla[5] al fideicomisario al cumplirse el evento incierto. Esta transferencia, si se realiza por acto entre vivos, puede ser a título gratuito u oneroso.

El Fiduciario debe ser persona cierta, determinada y además debe existir al momento de constituirse el Fideicomiso. El Constituyente puede nombrar varios Fiduciarios, pero estos no pueden ser sucesivos, esto es, no pueden entrar al goce de la cosa alternativamente, deberán hacerlo conjuntamente (comunidad fiduciaria). ¿Qué ocurre si el Constituyente no nombra a un Fiduciario?, en este caso el legislador en el artículo 748, ha previsto que gozará de la cosa, el propio Constituyente, si el viviere, o sus herederos.

En el caso que falte el Fiduciario, hay que distinguir, si falta antes de que se le defiera el derecho o después.

Si falta antes, como en el caso que muera antes que el testador, en el Fideicomiso testamentario, hay que ver si el testador designó un substituto para el Fiduciario. Si no lo hizo, la propiedad pasa a él mismo o a sus herederos, según el artículo 748 del Código Civil. En caso de nombramiento de varios Fiduciarios, todos adquirirán el bien conjuntamente y la falta de uno de ellos, provoca que su cuota se junte a la de los demás fiduciarios. Esto se conoce como el *derecho de acrecer,*[6] artículo 750 del Código Civil.

Ahora bien, si falta el Fiduciario después que se le defiera el derecho y la condición aún no se cumple, la propiedad no pasa

[5] Sin perjuicio de que la restitución esté definida por el legislador, y sea la nomenclatura utilizada por el Código para definir la figura de la translación, en estricta lógica, no estamos frente a una restitución, pues en una restitución lo esencial, es la devolución de aquello que nos fue entregado, precisamente al sujeto que realizó tal entrega. Lo que en esta institución no ocurre, ya que la restitución se realiza a un tercero, el Fideicomisario.

[6] Esta temática es propia del curso de Derecho Sucesorio.

al Fideicomisario, pero sí a los herederos del Fiduciario. Pongamos un ejemplo: El testador Jorge, deja su casa a Alberto, para que la adquiera Diego al momento de su matrimonio. Muerto el testador, Alberto pasa a ser propietario fiduciario del bien, mientras Diego aún no cumple la condición. Si muere Alberto, transmite su derecho a sus herederos y estos serán los dueños de la propiedad fiduciaria mientras Diego no cumpla la condición. Una vez cumplida, los herederos deberán efectuar la restitución a Diego, artículo 751 del Código Civil.

c) Fideicomisario: es el sujeto a quien debe hacerse la restitución, en el evento de cumplirse la condición y que, por tanto, tiene un derecho de carácter condicional, que le habilita para eventualmente, hacerse dueño de la cosa constituida en Fidecomiso. Este sujeto, al igual que el Fiduciario, debe ser persona cierta, determinada y debe existir. Ahora la diferencia con el Fiduciario, es el momento en que el Fideicomisario debe existir. Mientras el primero debe existir al momento de la constitución del Fideicomiso, pues en ese momento se le transfiere el derecho, el Fideicomisario debe existir al momento de cumplirse la condición, pues en ese instante adquiere el derecho que, anteriormente era sólo una mera expectativa.[7]

Al igual que en el caso de los Fiduciarios, pueden nombrarse varios Fideicomisarios, siempre que no sean sucesivos, artículo 742 del Código Civil. ¿Qué sucede si el Constituyente no nombra a un Fideicomisario?, algunos sostienen que debiera aplicarse por analogía el artículo 748 del Código Civil, y que en tal caso, el propio Constituyente sería a su vez Fideicomisario. Otros autores señalan que se daría un absurdo, si por ejemplo el Constituyente no nombrara Fiduciario ni Fideicomisario, él mismo detentaría las tres calidades, y se produciría la terminación del Fideicomiso por confusión, lo cual pugnaría con la naturaleza de la institución.

En el caso de que falte el Fideicomisario, hay que distinguir si falta antes o después de cumplida la condición.

Si falla el Fideicomisario antes de cumplida la condición hay que distinguir, si se nombró o no substituto. Si se nombró, este substituto será quien ocupe el lugar del Fideicomisario. Pero si no se nombró substituto, la condición se reputa "fallida" y el

[7] Algunos autores sostienen que es un germen de derecho, asimilable al del nasciturus.

dominio sujeto a resolución se consolida y se extingue con ello, la obligación del Fiduciario de restituir. El Fideicomisario nada habrá de transmitir, pues las meras expectativas no constituyen derecho, artículo 762 del Código Civil.

Si llegare a faltar el Fideicomisario, una vez cumplida la condición, la cosa pasará a sus herederos conforme las reglas generales, pues ya se había constituido en dueño, al momento de verificarse la condición.

Las substituciones son una figura por la cual, una o más personas, nombradas por el Constituyente, pasan a ocupar el lugar del Fiduciario o del Fideicomisario, en el evento de que estos falten, ya sea al momento de constituir el fideicomiso, ya sea al momento de cumplirse la condición, respectivamente. Son una especie de subrogación personal.

2.3) Translación del dominio sujeta a condición

La existencia de una condición es un requisito esencial de esta institución. La condición es *un hecho futuro e incierto del cual depende la adquisición o la extinción de un derecho*. Esta condición es de carácter resolutoria para el Fiduciario –extingue su derecho– y suspensiva para el Fideicomisario –adquiere el derecho–. Debe cumplirse la condición, en el plazo de cinco años, contados desde la delación de la Propiedad Fiduciaria, esto es, desde que el Fiduciario es llamado a recibir el Fideicomiso, a menos que la extinción del Fideicomiso se sujete a la muerte del Fiduciario, artículo 739. Aquí la condición no es la muerte del Fiduciario, pues la muerte no es condición, sino plazo.[8] La condición es en este caso, que exista el Fideicomisario al momento de verificarse la muerte del Fiduciario.

La condición en el Fideicomiso no opera con efecto retroactivo, por lo cual, subsisten todos los actos ejecutados por el Fiduciario sobre la cosa. Dentro del Fideicomiso, además de esta condición esencial de la cual pende la adquisición o pérdida del derecho, existe otra condición que se subentiende y que por lo tanto, no es necesario expresar y que es de toda lógica. Esta es la de existir el Fideicomisario al momento de cumplirse la condición principal, artículo 738 inc. 2º del Código Civil.

---

[8] La muerte es plazo, porque se sabe que ocurrirá, pero no cuando. *"Certus et incertus quando"* (lat).

La translación del dominio se efectúa a través de la restitución, la que está definida por el legislador como *"la translación de la propiedad fiduciaria a la persona en cuyo favor se ha constituido el fidecomiso"* (art. 733).

3) Constitución del fideicomiso

La constitución del Fideicomiso es siempre solemne; si se constituye por acto entre vivos requiere de instrumento público –lo cual se hará generalmente a través de una escritura pública– artículos 735, 1699 del Código Civil; si se constituye por testamento, la solemnidad la otorga el propio testamento que la contiene. Todo Fideicomiso que afecte a inmuebles debe inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces. La discusión está dada por el rol que juega la inscripción en este caso. Es claro que en el Fideicomiso testamentario, el modo de adquirir la Propiedad Fiduciaria es la sucesión por causa de muerte, por lo que su rol es sólo de publicidad y no constituye tradición ni solemnidad del acto. Cuando se constituye entre vivos, la inscripción opera como tradición de la Propiedad Fiduciaria, siendo el instrumento público el título que justifica la tradición. Alessandri, Somarriva y Rozas Vial, en contra sostienen que la inscripción opera no sólo como tradición de la Propiedad Fiduciaria, sino también como solemnidad de la misma, porque la ley exige para su constitución *"instrumento público inscrito"*, por lo tanto, la omisión de estos requisitos, acarreará la nulidad absoluta del acto constitutivo de la Propiedad Fiduciaria.

4) Efectos del fideicomiso

Para determinar los efectos del Fideicomiso, es necesario distinguir la situación del Propietario Fiduciario y del Fideicomisario.

4.1) Efectos respecto del Fiduciario

A) Derechos del Fiduciario

a) Los derechos del dueño

El Propietario Fiduciario es un dueño sujeto a condición resolutoria. Por lo tanto, goza de los mismos derechos o facultades que cualquier otro propietario, esto es, usar, gozar, poseer y disponer

de la cosa. En consecuencia, puede transferir por acto entre vivos y transmitir por causa de muerte la propiedad fiduciaria. Además, tiene la administración[9] de la cosa y se hace dueño de los frutos que ésta produce, también puede reivindicarla, artículos 751, 758, 754, 781, 893 del Código Civil.

Sin embargo, pesan sobre él, ciertas limitaciones, a saber:

i) *Debe mantener la cosa indivisa y con el gravamen de restituirla.* Esto implica, en primer lugar, que el Fiduciario no puede dividir la cosa. En segundo lugar, el Fiduciario puede transferir el Fideicomiso, pero con el gravamen de la eventual restitución. Todo esto como corolario del principio que "nadie puede transferir más derechos que los que tiene" (*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Para clarificar un ejemplo: Jorge constituye Fideicomiso en favor de Alberto, para que en la eventualidad de cumplirse la condición, restituya a Diego. Si Alberto vende a Néstor, éste adquiere a su vez, con la misma condición de restituirla a Diego, si la condición se cumple.

ii) *Limitación por el constituyente, de la facultad de enajenar en el fideicomiso.* Vimos, a propósito del Conservador de Bienes Raíces, el valor que tiene en nuestro derecho, la cláusula de no enajenar. En materia de Fideicomiso el legislador la prevé expresamente en el artículo 751 de nuestro Código. Por lo tanto, si el Constituyente prohíbe la enajenación del Fideicomiso, ésta no podrá realizarse. En cuanto a la sanción que traería aparejada esta contravención, la doctrina esta dividida. Algunos sostienen que la sanción sería la nulidad absoluta, por objeto ilícito, dado que el legislador al permitir expresamente la prohibición, la hace suya, y por lo tanto, su contravención sería un acto prohibido por ley. Otros autores señalan que esta prohibición constituiría solamente una obligación de no hacer, y su contravención seguiría las reglas generales, artículo 1555 del Código Civil.

iii) *Requisitos para gravar la propiedad fiduciaria.* Recordemos que el Fiduciario es dueño del Fideicomiso, y que en tal calidad

[9] La administración comprende la reparación, conservación y cultivo de la cosa.

puede enajenar. Por ello es lógico que pueda también gravar el Fideicomiso, pues, "*quien puede lo más puede lo menos*". Sin perjuicio de ello, el legislador le impone ciertas limitaciones:

– autorización del juez, con conocimiento de causa, artículo 757 del Código Civil;
– la constitución de éste gravamen, debe hacerse con audiencia del Fideicomisario, de los ascendientes del Fideicomisario que todavía no existe y cuya existencia se espera; los personeros de las corporaciones y fundaciones interesadas; y el defensor de obras pías (se nombrará para ello un defensor ad-hoc, el que en la práctica será un abogado del turno) si el Fideicomiso fuere a favor de un establecimiento de beneficencia, artículo 761 del Código Civil. ¿Qué sucede si no se verifican estas exigencias? La sanción es la inoponibilidad del gravamen para el Fideicomisario, artículo 757 del Código Civil.

b) Derecho legal de retención

En caso que el Fiduciario tuviere derecho a reembolsos por parte del Fideicomisario, podrá hacer ejercicio del *derecho legal de retención*, si es que el Fideicomisario se niega a efectuar el pago de estas indemnizaciones. Este derecho consiste en la posibilidad del Fiduciario de negarse a efectuar la restitución, en caso que el Fideicomisario no pague las indemnizaciones correspondientes, artículo 745, 800 del Código Civil.

c) Intransmisibilidad del fideicomiso vitalicio

Esta disposición es innecesaria, ya que de acuerdo a las reglas generales que rigen el Fideicomiso, llegaríamos a la misma conclusión. Si el Fideicomiso es vitalicio y al momento de la muerte del fiduciario existe el Fideicomisario, se cumplirá el evento incierto y deberán, por ende, sus herederos restituir y nada podrán adquirir, artículo 762 del Código Civil.

d) Inembargabilidad del fideicomiso

El artículo 1618 Nº 8 del Código Civil, enumera dentro de los bienes que no son embargables: *"la propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente"*. Ello es obvio pues, estos bienes están

sujetos a restitución, y en caso de transferirse, se entregan con la condición intrínseca de restituir, por lo que son inútiles como medio de pago.

B) Obligaciones del Fiduciario

Como contrapartida de su derecho, el legislador le impone ciertas cargas al Fiduciario, a saber:

a) Las cargas del Usufructuario

Para ello debe confeccionar inventario solemne de los bienes que se le transfieren por el Fideicomiso. No será obligado a rendir caución de conservación y restitución, salvo que le sea solicitado por vía judicial como medida conservativa, artículo 754, 755, 761 del Código Civil.

b) Conservar la cosa

Por ello se le imponen ciertas cargas como el pago de expensas. Para estos efectos distinguiremos entre las expensas necesarias y no necesarias. Dentro de las necesarias encontramos las expensas necesarias ordinarias de conservación y cultivo y las expensas necesarias extraordinarias. Las expensas necesarias ordinarias son *los gastos indispensables de conservación y cultivo necesarios para hacer producir la cosa.*[10] Estas expensas son soportadas íntegramente por el Fiduciario, sin derecho a reembolso.

Las expensas necesarias extraordinarias, llamadas también *obras o refacciones mayores necesarias, son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa,* artículo 798 del Código Civil. Respecto de estas expensas, el Fiduciario tiene derecho a reembolso, reducido a lo que con cuidado y mediana inteligencia debieron costar. Pueden ser compensadas con las indemnizaciones que eventualmente deba el Fiduciario al Fideicomisario.

Son ejemplo de expensas extraordinarias; el pago de deudas e hipotecas a que estuviere afecta la cosa. En cuanto a estas expensas extraordinarias, el Fiduciario tiene derecho a reembolso con las rebajas que van a expresarse:

[10] ROZAS, ob. cit., p. 289.

– Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsará en razón a estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución;
– Si se han invertidos en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca, o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse, sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que hayan costado estos objetos una vigésima parte por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de veinte, nada se deberá por esta causa.

En cuanto a las expensas no necesarias, son aquellas que no son requeridas para el mantenimiento o conservación de la cosa. Las expensas no necesarias se clasifican en *útiles* y *voluptuarias.* Son Útiles las que no siendo necesarias, aumentan el valor de la cosa, artículo 909 inc. 2º del Código Civil. Son Voluptuarias aquellas que sólo consisten en objetos de lujo y recreo y que no necesariamente aumentan el valor de la cosa, o que si lo hacen es en forma insignificante, artículo 911 inc. 2º del Código Civil. Estas expensas no necesarias no dan derecho a reembolso, sin perjuicio del acuerdo al que eventualmente puedan llegar Fiduciario y Fideicomisario. En caso contrario, el Fiduciario podrá retirarlas de la cosa, siempre que no impliquen un deterioro de ella.

Prevé el artículo 760 del Código Civil, una situación especial. Es aquella en que el Constituyente le ha concedido al Fiduciario la facultad de gozar del Fideicomiso a su arbitrio, no siendo responsable de ningún deterioro. Esta exención no es de carácter absoluto, el Fiduciario es responsable de los deterioros producidos con culpa grave o dolo. Podrá en este caso el Fideicomisario, impetrar medidas conservativas, con el objeto de evitar daños, artículo 761 del Código Civil.

De un carácter similar es el *Fideicomiso de residuo,* en este el constituyente faculta al Fiduciario para enajenar el Fideicomiso, sin que esta enajenación vaya acompañada de la carga de restituir el Fideicomiso, al cumplirse la condición. El Fideicomisario tiene un derecho eventual sólo a lo que exista a la época de la restitución. Pongamos un ejemplo: Jorge constituye Fideicomiso y deja su biblioteca Alberto, para que en el momento en que Diego

viaje a Europa le restituya. Pero Alberto, antes que se cumpla la condición, vende la mitad de los libros a Renato. En el ejemplo, Diego adquirirá al momento de verificarse la condición, sólo la mitad de los libros de la biblioteca, artículo 760 inc. 2º del Código Civil. Sin embargo, la doctrina ha limitado el alcance de esta disposición, sólo a las enajenaciones en provecho del Fiduciario y no a aquellas motivadas únicamente por el ánimo de dañar al fideicomisario.

c) Obligación de restituir la cosa

En el evento que la condición se cumpla, esto es, se verifique en la realidad el hecho supuesto, futuro e incierto previsto por el constituyente, el Propietario Fiduciario se verá en la obligación de efectuar la *restitución* del Fideicomiso. La restitución está definida por el legislador como *"la translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fidecomiso"*, artículo 733 del Código Civil. Como el carácter de esta condición es jurídica, no tiene efecto retroactivo, a diferencia de las condiciones de hecho, las que sí tienen efecto retroactivo.

d) Obligación eventual de pagar ciertas indemnizaciones

Deberá el Fiduciario, indemnizar al Fideicomisario por los menoscabos y deterioros sufridos por la cosa, que provengan de su hecho o culpa, artículo 758 del Código Civil.

4.2) Efectos respecto del Fideicomisario

A) Derechos del Fideicomisario

a) Medidas conservativas

La situación en la que se encuentra el Fideicomisario, es la de un acreedor condicional, por lo tanto, ningún derecho tiene, sólo la mera expectativa de adquirir la Propiedad Fiduciaria, al momento de cumplirse la condición, artículo 761 del Código Civil. Sin embargo, el legislador reconoce que existe un *"germen de derecho"* digno de protección y faculta al Fideicomisario proteger esta expectativa a través de las *medidas conservativas.*

Estas medidas conservativas son mecanismos de protección, que el legislador franquea a los acreedores condicionales, para la protección de meras expectativas. En el caso del Fidei-

comiso, proceden cuando la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse en manos del Fiduciario, artículo 761 inc. 2º del Código Civil. Dentro de ellas podemos enumerar, entre otras, las siguientes:

- Tiene derecho a ser oído cuando el Fiduciario quiera gravar la cosa, artículo 757 del Código Civil;
- Tiene derecho a exigir que el Fiduciario rinda caución de conservación y restitución, artículo 755, 761 del Código Civil.

b) Derecho a exigir la cosa una vez que se cumpla la condición

Es el derecho más importante con que cuenta el Fideicomisario, ya que una vez cumplida la condición, se convierte en dueño. Este derecho no es sino, una especie de ejercicio de la acción reivindicatoria del dueño.

c) Derecho a solicitar indemnización de perjuicios

El Fideicomisario tiene derecho a exigir la reparación de los perjuicios que el Fiduciario ha provocado en la cosa por su hecho o culpa, artículo 758 del Código Civil.

d) Derecho a disponer de su mera expectativa

La verdad es que esta facultad no está expresamente prevista en el Fideicomiso, pero la doctrina la desprende de las siguientes razones: i) del conjunto de facultades de que goza el Fideicomisario; ii) del artículo 1813, que permite la venta de cosas que no existen, las que se entienden hechas bajo la condición de existir; iii) y de la no prohibición expresa de tal acto.

B) Obligaciones del Fideicomisario

El fideicomisario tiene como obligación, efectuar el reembolso de las expensas extraordinarias que hubiere causado la cosa, artículo 756 del Código Civil. Debemos tener en cuenta que, si el Fideicomisario no paga, el Fiduciario puede ejercer su derecho legal de retención y negarse a efectuar la restitución.

5) Extinción del fideicomiso

"**Artículo 763:** *El fideicomiso se extingue:*

1º. Por la restitución;

2º. Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto retrovendendo, y se verifica la retroventa;

3º. Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 807;

4º. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derecho de los substitutos;

5º. Por faltar a la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil;

6º. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fideicomisario".

5.1) Por la restitución

La restitución es, según el artículo 733 del Código Civil, *"la translación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso"*. Se verifica una vez cumplida la condición.

5.2) Por la resolución del derecho de su autor

Se refiere al caso en que el Constituyente pierde la propiedad de la cosa que había entregado en Fideicomiso. La hipótesis es aquella en que el Constituyente tenía la cosa sujeta a una condición, que eventualmente le haría perder su derecho. Por ejemplo, una condición resolutoria o se encuentre expuesto a la nulidad del contrato que origina su derecho. En tal caso, por el efecto retroactivo de las condiciones de hecho o por el efecto retroactivo de la nulidad, el Constituyente no habría sido dueño de la cosa al momento de constituir el Fideicomiso y, por lo tanto, nada podría transferir al Fiduciario.

5.3) Por la destrucción de la cosa dada en Fideicomiso

Esta hipótesis es de toda lógica, si se produce la destrucción total de la cosa sobre la que recae el Fideicomiso, éste se queda sin objeto, y en consecuencia se extingue. Ahora, si la destrucción es

parcial, subsiste el Fideicomiso en la parte restante, artículo 800 del Código Civil, a propósito del Usufructo.

5.4) Por la renuncia del Fideicomisario

No es más que una aplicación del artículo 12 del Código Civil. Esta renuncia es, sin prejuicio de los eventuales substitutos que hubieren.

5.5) Por haber fallado la condición

Sabemos que el Fiduciario está expuesto a perder su derecho de dominio, y el Fideicomisario a adquirirlo, en el evento de cumplirse la condición. Si esta condición falla, termina el Fideicomiso. La condición debe verificarse dentro del plazo de cinco años desde la delación (salvo que el Fideicomiso sea vitalicio), trascurrido este plazo sin que se verifique el hecho supuesto, se entiende fallida la condición, y por tanto, se consolida el derecho del Fiduciario. Un ejemplo: Jorge deja su caballo Pegaso a Alberto para que, en el momento en que Diego se titule de abogado le restituya. Si Diego finalmente, no se titula dentro del plazo de cinco años, falla la condición y Alberto se hace dueño pleno y absoluto del bien. El Fideicomiso también termina cuando falla la condición subentendida, cual es la de existir el Fideicomisario al momento de cumplirse la condición, por ejemplo cuando muere antes, sin perjuicio del derecho de los eventuales sustitutos.

5.6) Por confundirse la calidad de *único fiduciario* con la de *único fideicomisario*

Es una especie de confusión entre el acreedor y el deudor condicional. Se produce por ejemplo, en el caso en que Jorge constituya Fideicomiso a favor de Alberto, para que a su muerte, restituya a su hijo Diego. Muerto el Fiduciario y aún no cumplida la condición, la Propiedad Fiduciaria se transmitiría a Diego por efecto de la sucesión por causa de muerte (con la obligación de restituir) y consecuentemente adquiriría la Propiedad Fiduciaria por el cumplimiento de la condición del Fideicomiso y tendría el derecho a exigir la restitución, pero también el deber de restituir el Fideicomiso a sí mismo, lo cual es absurdo.

6) Prohibición de fideicomisos sucesivos

El legislador, en el artículo 745 del Código Civil, prohíbe la constitución de Fideicomisos sucesivos. Esta figura consiste en constituir un Fideicomiso, el que una vez cumplida la condición y restituida la cosa, vuelve a estar sujeto a su vez a otra condición de restitución. Por ejemplo: Jorge constituye un Fideicomiso a favor de Alberto, para que éste restituya a Diego, en el momento en que se titule de abogado. A su vez, Diego adquiere la cosa en un nuevo Fideicomiso, bajo la condición de restituir a Renato, cuando éste se case. El legislador prescribe, que adquirida la cosa por el primer Fideicomisario, por el cumplimiento de la condición se extingue para siempre el derecho de los otros Fideicomisarios. Ahora bien, si llegare a faltar el primer Fideicomisario, antes de verificarse que la condición, tendrán los demás Fideicomisarios la calidad de substitutos, de manera que cuando algunos de estos substitutos adquiera la cosa, pondrá fin a la expectativa de los otros, artículo 743, 744, 745 del Código Civil.

III. EL DERECHO REAL DE USUFRUCTO

1) Generalidades y concepto

1.1) Breve historia

Esta institución, al igual que la Propiedad Fiduciaria, tiene sus orígenes en el Derecho Romano. En la época del derecho Justinianeo, era estudiada bajo el concepto de *servitus*,[11] el cual englobaba tanto las servidumbres personales como las prediales. El usufructo o servidumbre personal era definido como *"un derecho real a usar y disfrutar de una cosa ajena sin poder disponer de la misma"*.[12]

El usufructo surge como un medio de mantener vitaliciamente en el patrimonio familiar, bienes que se entregan a personas, a las que no se quiere dar la facultad de disponer.[13] Esta denomi-

[11] Servitus era una carga impuesta sobre una cosa corporal y concerniente al uso de ésta, en virtud de un negocio jurídico privado. SCHULZ, FRITZ, *Derecho Romano Clásico,* p. 365. Barcelona, casa editorial BOSCH, 1960.

[12] Paulo. *"Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia"*. D.7,1,1.

[13] D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano,* 8ª edición. Pamplona, Eunsa. 1991.

nación de servidumbre personal no llegó hasta nuestros códigos, ya que fue desechada por el Código Civil Napoleónico de 1804 y combatida por el movimiento revolucionario francés, el que como señalan Colin y Capitant,[14] sepultó hasta el olvido, las expresiones que pudieran despertar el recuerdo de la servidumbre y, de un modo más general, del feudalismo.

1.2) Concepto

Artículo 764: *"El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible".*

Es sabido que el derecho de dominio, en su concepción analítica, comprende las facultades de usar gozar, poseer y disponer de la cosa objeto de dominio. Pero bien puede, el dueño de la cosa, desprenderse de estas facultades, constituyendo derechos a favor de terceros sobre la cosa. Esto es lo que se conoce como **elasticidad del dominio**. En el usufructo, el derecho que tiene este tercero es un derecho de goce sobre la cosa fructuaria, quedando el titular del dominio, con la nuda propiedad sobre la cosa.

Este derecho de goce puede ser un derecho real de goce o un derecho personal de goce, según la fuente que lo origine. Los *derechos de goce personales* son aquellos que surgen de los contratos, y es en virtud de este vínculo jurídico que, el dueño-deudor se obliga a conceder al tercero-acreedor, el disfrute de la cosa, como por ejemplo: en el comodato, artículo 2174, en el arriendo, artículo 1915, en la anticresis, artículo 2435, en el censo, artículo 2279 del Código Civil.

Los *derechos reales de goce* son aquellos que se tienen sobre una cosa, sin respecto a determinada persona y que surgen de los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales. Estos son: el usufructo, artículo 764 y el uso o habitación, artículo 811 del Código Civil, y obviamente también el derecho de dominio, el cual comprende todas las facultades. Aunque siendo estrictos, sólo es un derecho de goce total el usufructo, dado que el uso o habitación sólo concede un derecho de goce parcial, limitado a

[14] Colin y Capitant, p. 571.

las necesidades del usuario y su familia. En estos y en los demás derechos reales, no hay un vínculo jurídico obligacional, a diferencia de lo que ocurre en los derechos personales de goce, sin perjuicio de que exista igualmente una relación jurídica.

2) Características del usufructo

a) El usufructo es un derecho real, artículo 577 del Código Civil;

b) Es un derecho real principal no de garantía, pues su finalidad no es asegurar el cumplimiento de una obligación, como en el caso de la prenda, la hipoteca y del censo;

c) Constituye una limitación al dominio, artículo 732 del Código Civil;

d) Es esencialmente temporal. A diferencia del dominio que es de carácter perpetuo, la duración máxima del usufructo está dada por la vida del usufructuario, por lo tanto, es un derecho sujeto siempre a extinguirse, ya sea por una condición, o por un plazo expreso o tácito, artículo 770 del Código Civil;

e) Es un derecho intransmisible, artículo 773 del Código Civil;

f) Es un derecho real sobre cosa ajena. Es de la esencia que sea ejercido sobre la cosa de otro, el dueño no tiene el usufructo sobre su cosa, tiene el dominio, *"Nemine res sua servit"*;

g) Produce la concurrencia de derechos sobre una misma cosa. No debe confundirse esta figura con la de la comunidad, la que se produce cuando dos o más sujetos tienen un derecho de idéntica naturaleza jurídica sobre la totalidad de un mismo objeto.[15] En esta institución coexiste la nuda propiedad con el usufructo;

h) Confiere la mera tenencia de la cosa fructuaria, artículo 714 del Código Civil.

[15] PEÑAILILLO, DANIEL, ob. cit., p. 93. ob. cit.

3) Elementos del usufructo

Son elementos del derecho real de usufructo:

- La cosa fructuaria;
- Los sujetos: constituyente, nudo propietario y usufructuario; y
- El plazo o condición.

3.1) La cosa fructuaria

Respecto de la cosa fructuaria nada dijo el legislador, por lo tanto, cabe la constitución del usufructo respecto de todas las cosas, *"donde el legislador no distingue, no es lícito al interprete distinguir"*. Sin perjuicio de ello, es necesario hacer una distinción en cuanto al objeto del usufructo: si la cosa sobre que recae es consumible o no consumible. Si la cosa fuere no consumible, estaremos frente a un usufructo propiamente tal. Si fuere consumible, habrá un *cuasi usufructo.*

3.1.1) El cuasi usufructo

El cuasi usufructo es aquel usufructo que tiene por objeto una cosa consumible,[16] por lo que el usufructuario se hace dueño de ella, operando el cuasi usufructo como un título translaticio de dominio. Esto es de toda lógica, el usufructo, al igual que la propiedad fiduciaria, exige la conservación y restitución de la cosa. Ahora bien, si la cosa es consumible se destruye con su uso natural, y con ello se hace inútil la conservación e imposible la restitución. Para aclarar la figura en estudio transcribiremos la disposición.

> **Artículo 789:** *"Si el usufructo se constituye sobre cosas fungibles, el usufructuario se hace dueño de ellas, y el propietario se hace meramente acreedor a la entrega de otras especies de igual cantidad y calidad, o del valor que éstas tengan al tiempo de terminarse el usufructo"*.

Brevemente, realicemos un paralelo entre el usufructo y el cuasi usufructo.

[16] Hay acuerdo a nivel doctrinal en que en el artículo 789, Bello incurrió en la misma confusión en que habría caído en el artículo 575, al confundir las cosas consumibles con las fungibles, dado que hay cosas que siendo fungibles, no son necesariamente consumibles, vgr.: un libro.

i) En el usufructo la cosa es no consumible. En el cuasi usufructo es consumible, artículo 575 inciso 2º, 789 del Código Civil;

ii) El usufructo es un título de mera tenencia. El cuasi usufructo es un título translaticio de dominio, artículo 714, 789 del Código Civil;

iii) El usufructuario, como todo mero tenedor, tiene la obligación de conservar y restituir la cosa. El cuasi usufructuario, al hacerse dueño de la cosa fructuaria, no tiene obligación de conservar, si de restituir, pero no la misma cosa, sino que otra cosa de igual calidad o cantidad o en su defecto del valor que éstas tengan al momento de la terminación del cuasi usufructo *"tantundem eiusdem generis"*, artículo 764, 789 del Código Civil;

iv) El usufructuario al ser un deudor de especie o cuerpo cierto, no soporta los riesgos de la pérdida por caso fortuito, pues las cosas se extinguen para su dueño,"*res perit domino*". En cambio, al convertirse en dueño, el cuasi usufructuario debe soportar la pérdida de la cosa, porque es dueño de ella y su obligación de restituir es de género y el género no perece, *"genera non perit"*;

v) En el usufructo, el nudo propietario, llegada la época de restitución podrá ejercer contra el usufructuario la acción reivindicatoria del dominio, para recuperar la cosa, artículo 889 del Código Civil. En el cuasi usufructo, el anterior propietario tiene ahora solo la calidad de acreedor del cuasi usufructuario, la que le habilita para exigir de él, la restitución de una cosa de igual calidad y en la misma cantidad, o en su defecto de su valor, artículo 789 del Código Civil.

Es notoria, a primera vista, la semejanza entre el cuasi usufructo y el contrato de mutuo. Ambos son títulos translaticios de dominio e implican una obligación de restituir otro tanto de igual cantidad y calidad. Sin embargo tienen algunas diferencias:

i) En cuanto a su origen; el mutuo es necesariamente contractual, a diferencia del cuasi usufructo, el que podría constituirse por ley, por una sentencia judicial, por testamento, por usucapión o por una convención. En este último

caso el contrato es de carácter consensual, a diferencia del mutuo que es un contrato real que se perfecciona por la tradición de la cosa, artículo 767, 1443 del Código Civil;

ii) En el cuasi usufructo, al igual que el usufructo, se requiere el otorgamiento de una caución y de la confección de inventario solemne. En el cuasi usufructo la caución es sólo de restitución, no de conservación, y su objeto es asegurar la restitución de otras tantas cosas, del mismo género y calidad de las recibidas. En el mutuo tal caución no existe, sin perjuicio de que las partes puedan pactarla;

iii) En cuanto a su extinción: el mutuo se extingue, o mejor dicho, los derechos y obligaciones que el mutuo genera, por los modos de extinguir las obligaciones. El cuasi usufructo se extingue por las causales que señala la ley, a propósito del usufructo, con algunas diferencias.

3.1.2) Usufructo sobre cosa deteriorable

Una temática no muy abordada por nuestros autores, es la relativa al usufructo sobre cosas que, si bien no se destruyen por su primer uso, son susceptibles de deterioro por el tiempo. Estarían estos bienes, como señalan Colin y Capitant,[17] en una categoría intermedia entre los bienes consumibles y no consumibles. Citan como ejemplo de estos bienes deteriorables los vestidos y los muebles, entendidos estos últimos, en su sentido vulgar. En este caso, el usufructuario tendría el derecho a servirse de estos bienes, para el uso al que están naturalmente destinados y, en consecuencia, de deteriorarlos poco a poco. Pero estaría obligado a restituirlos en el estado en que se hallen, al término del usufructo, rigiéndose en la restitución, por las normas del usufructo propiamente tal. Ahora bien, si se produjera un deterioro atribuible a culpa o negligencia por parte del usufructuario, será éste obligado a restituir su valor, siendo estos autores de la idea de determinar su valor al momento de la restitución de la cosa y no al de la constitución del usufructo, si es que se hubiera hecho de ellas un uso normal, fundamentado principalmente en razones de equidad. Pero si el usufructuario hubiere hecho el uso adecuado de la cosa fructuaria y, a pesar de ello, ésta se hubiere

[17] COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 575.

desmejorado, no tendría nada que restituir, dado que la cosa por su naturaleza era deteriorable.

3.1.3) Usufructo sobre cosa incorporal

En cuanto al usufructo sobre cosa incorporal, la doctrina está conforme en la posibilidad de constituir usufructo sobre este tipo de bienes, basados principalmente en que el legislador, en cuanto al objeto del usufructo, no distinguió. Don Alejandro Guzmán Brito,[18] señala que para que ello fuera posible, las cosas incorporales debieran producir frutos civiles, lo cual a su juicio no es posible. Según este autor, los frutos civiles que señala el artículo 647 del Código Civil, no pueden ser producidos por cosas incorporales, pues los intereses no son frutos, dado que el prestamista ha transferido la propiedad sobre el dinero prestado, de tal forma que no podría adquirir estos frutos por no ser dueño de la cosa que los produce, en consecuencia, la fuente por la cual adquiere estos intereses es el contrato, artículo 648 del Código Civil. En cuanto a las rentas de arrendamiento, los frutos que se adquieren por este medio, son por proporcionar al tercero el disfrute de la cosa sobre la que recae el contrato. Ahora bien, si el arrendatario fuera quien buscara frutos civiles a través del subarriendo, al subarrendar estaría arrendando la cosa sobre la que recae este contrato y no el derecho personal que para él surge del contrato de arrendamiento, por lo que tampoco le sería posible obtener frutos civiles, de una cosa incorporal.

Sin embargo creemos que existe la posibilidad, que una cosa incorporal pueda producir frutos civiles, ella se da respecto de las **acciones de una sociedad anónima**, ya sea entendiendo a la acción, como una parte alícuota en que se divide el capital social, o como un conjunto de derechos patrimoniales e institucionales, o como un título de crédito esencialmente cesible, negociable y transadle.[19] Llegamos a esta conclusión, fundamentados en el hecho que uno de los principales derechos de los accionistas, es el derecho a los dividendos.[20]

---

[18] GUZMAN B., ALEJANDRO, ob. cit., pp. 107 y s.s.

[19] SANDOVAL L., RICARDO, *Derecho Comercial,* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, año 1994, p. 446.

[20] También podemos encontrar un ejemplo de cosa incorporal, que produce frutos civiles, en los productos que origina un derecho de autor.

3.2) Sujetos en el usufructo: constituyente, nudo Propietario y usufructuario

Constituyente, es aquel sujeto que da origen al derecho de usufructo.

Nudo Propietario, es quien tiene la propiedad de la cosa fructuaria, despojada del uso y goce, conservando la facultad de disposición. Será generalmente el constituyente del usufructo.

Usufructuario, es el titular del derecho de usufructo. Es posible, al igual que en los sujetos anteriores, que sean varios los usufructuarios. En este caso gozarán, como en el fideicomiso, del derecho de acrecer. Por ejemplo: si se deja un fundo en usufructo a Diego por cinco años y a Alberto por diez, una vez cumplido el plazo de cinco años, el usufructo de Diego se extinguirá y su cuota pasará a Alberto, artículo 780 inciso 2º, 772 del Código Civil. Los usufructuarios pueden ser simultáneos (lo cual originará entre ellos una comunidad usufructuaria), o substitutos, pero no pueden ser alternativos ni sucesivos. Las razones aducidas para esta limitación, son las mismas esgrimidas a propósito del fideicomiso, artículo 769 del Código Civil. La sanción a ésta contravención, al igual que en el fideicomiso, será que estos usufructuarios alternativos y sucesivos se entenderán como substitutos.

3.3) Plazo o condición

El usufructo puede sujetarse a un plazo o condición, con ciertas limitaciones dependiendo si estas modalidades son suspensivas o resolutorias del derecho y si se aplican al nacimiento o a la extinción del usufructo. Las veremos a continuación por separado.

En cuanto al nacimiento, es necesario hacer una distinción. El legislador prohíbe sujetar la constitución del usufructo a un plazo o condición que suspenda su ejercicio y si de hecho se constituyere, no tendrá ésta estipulación, valor alguno, artículo 768 inciso primero del Código Civil. Se refiere esta disposición al plazo o condición suspensivos. En estos se posterga el nacimiento del derecho; ya sea a un hecho futuro e incierto, como en el caso de la condición; ya sea a una época futura, como en el plazo.

Excepcionalmente se reconoce valor a este tipo de modalidades, cuando se establecen por testamento, y la condición se ha cumplido, o el plazo ha expirado, antes del fallecimiento del

testador, artículo 768 inciso 2º del Código Civil. En realidad lo que aquí ocurre es que ambas modalidades se han hecho inútiles, pues la condición ha fallado y el plazo se ha cumplido, antes que el testamento surta efecto, esto es, con la muerte del testador.

Respecto a la extinción, el usufructo, como dijimos anteriormente, es un derecho temporal, limitado en el tiempo generalmente por un plazo. El constituyente puede fijar la duración del usufructo en un período determinado de tiempo o, si nada dice, se entenderá que lo constituye por toda la vida del usufructuario (plazo tácito). En caso de tratarse de una corporación o fundación, el plazo de duración del usufructo no podrá pasar de treinta años. También puede sujetarse la extinción del usufructo a una condición (art. 770).

4) Constitución del usufructo (fuentes)

Artículo 766: *"El derecho de usufructo se puede constituir de varios modos:*
1º. Por la ley;
2º. Por testamento;
3º. Por donación, venta u otro acto entre vivos;
4º. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción".

La doctrina, al realizar el estudio de las *fuentes del usufructo*, las agrupa en forma distinta a la establecida por nuestro Código, distinguiendo entre:

– Usufructo legal;
– Usufructo voluntario;
– Usufructo adquirido por usucapión; y
– Usufructo judicial.

4.1) Usufructo legal

Usufructos legales son aquellos constituidos por el legislador. A ellos se refiere el artículo 810, 2466 inciso 3º del Código Civil. En la primera disposición citada, el Código denomina usufructo legal, al que tiene el padre o madre de familia sobre ciertos bienes del hijo y al que tiene el marido, en su calidad de administrador de la sociedad conyugal, sobre los bienes de la mujer.[21] Se agre-

[21] Estas materias forman parte del Derecho de Familia, y se estudian a propósito de la *patria potestad* y de la *sociedad conyugal*, respectivamente.

ga por parte de la doctrina, como un caso de usufructo legal, el de los poseedores provisorios de los bienes del desaparecido, artículo 86, 89 del Código Civil.

En estricta lógica jurídica, en las situaciones anteriormente señaladas **no hay un usufructo propiamente tal**, lo que confiere el legislador es un derecho legal de goce sobre estos bienes. Esto lo afirmamos basados en las siguientes diferencias entre una y otra institución: i) en primer lugar, el padre no tiene derecho de persecución, en caso de que los bienes salgan del patrimonio del hijo, derecho del cual sí goza el usufructuario; ii) este derecho legal de goce es personalísimo, y como tal, no puede enajenarse, a diferencia del usufructo, artículo 252 inciso 1º, 1464 Nº 2 del Código Civil; iii) el padre no está obligado a otorgar fianza o caución, ni a confeccionar inventario, obligación que sí pesa sobre el usufructuario, artículo 252 inciso 2º del Código Civil; iv) este derecho legal de goce termina con la emancipación, lo cual no se condice con el usufructo, el cual tiene otras causales de terminación.

Esta dificultad fue corregida por la Ley Nº 19.585 (Ley de Filiación), y actualmente el legislador se refiere a al *ex usufructo legal del padre,* como **derecho legal de goce**, artículo 250 inciso 1º, 252 inciso 1º, 252 inciso 5º del Código Civil.[22]

4.2) Usufructo voluntario

Dentro de esta clase de usufructo, debemos distinguir entre; el usufructo convencional y el testamentario.

4.2.1) Usufructo convencional

Como señalan Planiol y Ripert,[23] el usufructo convencional puede constituirse de dos maneras; por vía de **enajenación** y por vía de **retención.** En la primera hipótesis, el usufructo es el objeto principal del contrato, en él se otorga a una persona el goce de una cosa. Cuando se realiza por vía de retención, la constitución del usufructo es el resultado indirecto de la negociación, el propietario de la cosa transfiere la nuda propiedad, reservándose el

[22] No entraremos al estudio de estas figuras denominadas usufructos, en primer lugar, por no corresponder a la figura en estudio y en segundo lugar, porque su análisis corresponde al Derecho de Familia.

[23] Planiol y Ripert, ob. cit., p. 493.

usufructo de la misma.[24] En este caso el usufructo no se ha transferido, sino que ha sido creado, aislándolo de la propiedad.

Los contratos de los que usualmente se servirán las partes para constituir el usufructo, ya sea por vía de enajenación o de retención, serán: La compraventa, la permuta, la transacción, la donación y en general, todos aquellos que sirvan para transferir la propiedad. También podrá realizarse a través de una partición de bienes.

Para determinar el modo en que habrá de perfeccionarse el contrato, debemos distinguir si el contrato recae sobre una cosa mueble o inmueble. Si recayere sobre un inmueble, el artículo 767 del Código Civil, dispone que para su valor, deberá ser otorgado por instrumento público inscrito, por lo tanto, es un contrato solemne. Esta solemnidad se verificará comúnmente con el otorgamiento de una escritura pública.

En cuanto a la exigencia que el instrumento público deba ser inscrito, hay discusión a nivel doctrinal respecto de cuál es el valor de la inscripción en este caso, vale decir, si es *solemnidad del acto* o *tradición del derecho*. Según algunos, la inscripción sería solemnidad y tradición del derecho. Otros niegan el carácter de solemnidad de la inscripción, pues no podría llevarse a cabo la tradición del derecho sin un título que lo justifique, lo cual además, sería contradictorio con nuestro sistema de adquisición, que exige la dualidad título y modo. Por lo anterior, el solo instrumento público sirve como justo título para adquirir el derecho de usufructo y su inscripción operaría como tradición del derecho. Esta inscripción deberá efectuarse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

A *contrario sensus*, debemos colegir que si el objeto del contrato es cosa mueble, éste se perfeccionará por el mero consentimiento, por ser ésta la regla general. Su forma de tradición, por aplicación del inciso segundo del artículo 670, se realizará conforme el artículo 684.

4.2.2) Usufructo testamentario

Ésta, podría decirse que es la forma más usual de constituir el derecho real de usufructo. No será necesaria la inscripción del

---

[24] Relacionar con el *"constitutum possesorium"*, a propósito de la tradición de cosas corporales muebles del artículo 684 Nº 5, 2ª parte del Código Civil.

acto testamentario, ya que este requisito es exigido sólo cuando el usufructo se constituye por acto entre vivos, por ser la inscripción la tradición del derecho. Aquí el modo de adquirir que opera, es la sucesión *mortis causa;* pero sin perjuicio de ello, el heredero deberá efectuar la inscripción de la nuda propiedad y en aquella inscripción dará cuenta del usufructo que le afecta, conforme el artículo 688 del Código Civil.

4.3) Usufructo adquirido por usucapión

Es perfectamente posible, adquirir el usufructo por este medio. El artículo 2.498 del Código Civil, no lo excluye expresamente y la regla general es que cualquier cosa puede ganarse por usucapión. Sin embargo, y al igual que en fideicomiso, es difícil concebir un sujeto que se encuentre poseyendo el usufructo sobre un bien y no la propiedad plena. Pero este modo de adquirir es útil para aquellos casos en que, por algún vicio en el acto constitutivo, o por la omisión de la inscripción del mismo, o por haber sido constituido el usufructo por un *non domino*, el sujeto efectivamente no adquirió el usufructo, sin perjuicio de encontrarse actualmente ejerciéndolo de hecho.

El plazo de usucapión se regirá por las reglas generales y habrá que determinar si el sujeto es poseedor regular o irregular del usufructo.[25]

4.4) Usufructo judicial

Esta forma de constitución deriva de la prerrogativa que el legislador concede, en ciertos casos, a los jueces para constituir derechos de usufructo, generalmente a favor del demandante como un medio de pago. Esto podemos apreciarlo en el artículo 1.337 Nº 6 del Código Civil, relativo a la partición; en el artículo 9 inciso 2º de la Ley Nº 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; y en el artículo 65 Nº 2 de la Ley Nº 19.947 que establece la nueva Ley de matrimonio civil, a propósito de la compensación económica.

[25] Recordemos que el usufructuario es mero tenedor de la cosa fructuaria y dueño de su derecho de usufructo, artículo 714 del Código Civil.

5) Efectos del usufructo

Los efectos del usufructo son los derechos y obligaciones que éste genera, tanto para el usufructuario como para el nudo propietario. Los veremos a continuación en forma separada, distinguiendo entre los derechos y las obligaciones.

5.1) Efectos respecto del usufructuario

A) Derechos del usufructuario

a) Derecho a usar la cosa fructuaria

Según la definición de Planiol y Ripert,[26] *es el derecho que consiste en servirse materialmente de una cosa, según su naturaleza para el placer o provecho personal de su titular*. El Código Civil, en el artículo 787, nos dice que "*el usufructuario tiene el derecho de servirse de ella (la cosa) según su naturaleza o destino*". En síntesis, podemos decir que es el derecho del usufructuario de servirse o de utilizar la cosa, en aquello en que naturalmente puede ser utilizada.

b) Derecho a gozar de la cosa fructuaria

Este derecho consiste en la facultad del usufructuario de hacerse dueño de los frutos (*usus fructus*), naturales y civiles, que produce la cosa fructuaria. Para comprenderla debemos volver al estudio del concepto de frutos.[27]

Los *frutos* son propiamente los réditos o beneficios que una cosa puede proporcionar a intervalos regulares, sin disminuir su propia substancia. Se distinguen de los *productos* que son aquellos objetos que proceden de la cosa, pero agotando su substancia porque no se reproducen o sólo se reproducen muy lentamente.[28] A pesar que la doctrina hace la distinción entre frutos y productos, ya vimos que el Código (en principio) utiliza ambos términos como sinónimos. La regla general es que el usufructuario tiene derecho a los frutos y no a los productos, pero esta regla tiene excepciones, las que veremos más adelante. Dentro de los frutos debemos distinguir entre los frutos naturales que *son los que da la naturaleza ayudada o no de la industria humana*, artículo 644 del

[26] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 498.

[27] Véase en este mismo trabajo, la noción de frutos en lo tratado a propósito de la accesión.

[28] COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 576.

Código Civil, y los frutos civiles que son las utilidades o rendimientos que se obtienen de una cosa, como equivalente del uso y goce que de ella se proporciona a un tercero, merced a una relación jurídica.[29] Los frutos naturales pueden encontrarse en tres situaciones: pendientes, percibidos o consumidos.

Artículo 645: *"Los frutos naturales se llaman pendientes mientras que adhieren todavía a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas.*

Frutos naturales percibidos son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados, etc.; y se dicen consumidos cuando se han consumido verdaderamente o se han enajenado".

Los frutos civiles se distinguen en pendientes y percibidos.

Artículo 647 inc. 2º: *"Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos, desde que se cobran".*

El usufructuario es dueño de los frutos desde la constitución del usufructo, incluso de los frutos pendientes al tiempo de la constitución. Recíprocamente, los frutos que aún estén pendientes a la terminación del usufructo, pertenecerán al propietario, artículo 781 del Código Civil.

c) Derecho a ciertos productos

El derecho de usufructo otorga a su titular la facultad de apropiarse de los frutos, mas no de los productos. Pero el legislador contempla algunas excepciones a esta regla:

i) Goce de bosques y arbolados, con la carga de conservarlos en su ser y de reponer los que derribe, artículo 783 del Código Civil;
ii) Goce de minas y canteras en actual laboreo, siempre que observe las disposiciones de la ordenanza respectiva, artículo 784 del Código Civil;
iii) Goce de ganados y rebaños, con la carga de restituir los animales que mueren o se pierden y con el incremento natural de los mismos ganados y rebaños, artículo 788 del Código Civil.

[29] Alessandri, Somarriva y Vodanovic, ob. cit., p. 174.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, el artículo 791, permite la modificación de estas reglas por el acuerdo de las partes.

d) Derecho (deber) de administrar la cosa fructuaria

Es absolutamente necesario que el usufructuario, para poder ejercer su derecho, esté revestido de la administración de la cosa, es por ello que el artículo 777, así expresamente lo permite, vale decir, puede y debe cultivar, conservar y reparar la cosa.

e) Derecho a enajenar y gravar el usufructo

Esta facultad es de toda lógica, dado que el usufructuario es dueño de su derecho de usufructo, en consecuencia, el fructuario puede hipotecar, arrendar y ceder su usufructo, artículo 793 inciso 1º, 2.418 del Código Civil. Se discute en doctrina si en el caso de la cesión del usufructo, lo que se cede es el usufructo o su ejercicio, teniendo en cuenta las siguientes razones: i) aún cuando ceda el derecho, el usufructuario sigue siendo responsable frente al nudo propietario, artículo 793 inciso 2º del Código Civil; ii) además, si el constituyente prohíbe el arriendo o cesión del usufructo, la contravención a esta disposición originará la pérdida del derecho de usufructo, artículo 793 inciso 3º, 4º, lo cual no sería posible si el usufructuario hubiera cedido el derecho de usufructo, ya que de nada podría ser despojado. Por esto y por otras razones es que la doctrina mayoritariamente sostiene que lo cedido es el ejercicio del usufructo y no el derecho mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, todos los contratos que al efecto se hayan celebrado, se resolverán al término del usufructo, artículo 794 del Código Civil.

f) Derecho a defender el usufructo

Como consecuencia del hecho que el usufructuario es *dueño de su derecho,* es que puede defenderlo mediante las acciones que para estos efectos le otorga el ordenamiento jurídico. Estas acciones en el ámbito civil, son la reivindicatoria[30] (arts. 891, 892)

[30] Que en este caso es denominada por la doctrina francesa como **acción confesoria**, COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 712.

y las acciones posesorias, esta última, sólo respecto de usufructo sobre inmuebles, conforme el artículo 916 del Código Civil.

g) Derecho legal de retención

El artículo 800 del Código Civil, faculta al usufructuario para retener la cosa fructuaria hasta que le sean pagados los reembolsos e indemnizaciones a que, eventualmente, esté obligado el nudo propietario.

B) Obligaciones del Usufructuario

En este punto, es menester distinguir entre: las obligaciones previas al ejercicio del usufructo; las obligaciones durante el ejercicio del usufructo; y las obligaciones posteriores a su extinción.

a) Obligaciones previas

Estas obligaciones son fundamentalmente dos: *practicar inventario* y *rendir caución.*

Facción de inventario solemne. Inventario solemne es el que se hace, previo decreto judicial, ante un ministro de fe y dos testigos, con los requisitos que la ley expresa, artículo 775 inciso primero del Código Civil, 858, 859 del Código de Procedimiento Civil. El inventario en síntesis, es una enumeración y descripción de los bienes, con el objeto de asegurar la restitución de los objetos. Se discute en doctrina, si puede el constituyente dispensar al usufructuario de esta obligación. Algunos autores sosteniendo la negativa, afirman que no es posible eximir al usufructuario del inventario, ya que si el legislador expresamente permitió que el propietario o el constituyente exoneraran al usufructuario de la caución, a *contrario sensus*, no es posible hacerlo respecto del inventario. Otros autores, señalan que en virtud del principio de autonomía de la voluntad que inspira nuestro Derecho Civil, y de la no expresa prohibición de la exención, es posible realizarla. En la práctica, generalmente se confeccionará el inventario solemne, principalmente por exigencias de la legislación tributaria.

Caución de conservación y restitución. Caución es toda obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación. En este caso la caución, busca asegurar el cumplimiento de la obligación de conservar y restituir la cosa, que tiene el usufructuario. El legislador

no regula que tipo de caución debe otorgarse, ni su monto, por lo tanto, existe libertad para que, usufructuario y nudo propietario la determinen. Podrá ser una fianza, una hipoteca, una prenda, etc. En caso de discusión, el juez determinará la caución, teniendo en cuenta el valor de los bienes dados en usufructo. Sin embargo, el usufructuario estará **eximido** de esta obligación, en los siguientes casos: i) cuando el dueño constituya usufructo, donando la propiedad a un tercero y reteniendo el usufructo (usufructo por vía de retención); ii) cuando el propietario expresamente exima al usufructuario de tal obligación; iii) cuando el constituyente del usufructo exime al usufructuario de la caución; iv) cuando se constituye un usufructo judicial, a favor del alimentante. El no cumplimiento de estas obligaciones, no origina la pérdida del derecho. El artículo 776, establece que mientras no se rinda la caución, ni se confeccione el inventario, será el propietario quien tendrá la administración de la cosa, con cargo de dar el valor líquido de los frutos al usufructuario. Si el usufructuario persistiere en su inacción, podrá el nudo propietario recurrir a la justicia, para que el juez fije un plazo dentro del cual, el usufructuario rinda la caución, en caso contrario, se adjudicará la administración al nudo propietario, el que deberá entregar al usufructuario el valor líquido de los frutos, deducidos los gastos y el trabajo empleado. Sin perjuicio de lo anterior, el usufructuario podrá siempre reclamar la administración, prestando la caución, artículo 777 inciso final.

Finalmente en este punto, puede que en algunos casos, generalmente en el usufructo de inmuebles, el usufructo comprenda bienes muebles necesarios para el uso personal del usufructuario o de su familia. En este caso el usufructuario puede exigir la entrega de estos bienes, jurando restituirlos (prestando **caución juratoria**) al término del usufructo, ya sea en especie o en su respectivo valor, cuando la restitución fuere imposible, artículo 777 inciso 5º del Código Civil.

b) Obligaciones durante el ejercicio del usufructo

El usufructuario, con posterioridad al otorgamiento de la caución, y de la confección del inventario, queda habilitado para entrar en el goce de la cosa fructuaria, pero se encuentra limitado el ejercicio de su derecho por:

i) Los arriendos: El usufructuario debe respetar los arriendos celebrados con anterioridad a la constitución del usufructo, artículo 792 inciso 1º del Código Civil. Sin embargo hay discusión a nivel doctrinal, sobre si siempre el usufructuario está obligado a respetar el arriendo, o si debe sujetarse a las normas establecidas para esta materia, en el arrendamiento, artículo 1962 del Código Civil. En este último caso, habrá que distinguir si el título del usufructo es gratuito u oneroso. Según el artículo 1962 Nº 1, si el título es gratuito, el usufructuario deberá respetar el arriendo. Si fuere oneroso, para que el usufructuario esté obligado a respetarlo, deberá haberse celebrado el arriendo, por escritura pública, artículo 1962 Nº 2 del Código Civil. Una vez constituido el usufructo, el usufructuario sucede en la percepción de la renta, o sea, el pago del arriendo deberá hacerse al usufructuario.

ii) La recepción de la cosa en el estado en que se halle: El usufructuario está obligado a recibir la cosa en el estado en que esté, al momento de la constitución, y tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios que la cosa sufra, en poder del nudo propietario, por su hecho o culpa, artículo 774 del Código Civil.

iii) Disfrutar de la cosa sin alterar su forma y substancia: (*Salva rerum substantia*) Ésta es la principal obligación del usufructuario, consiste en gozar y disfrutar de la cosa fructuaria, sin modificar la forma y substancia de la misma. La doctrina ha intentado explicar en que consiste conservar la forma y substancia de la cosa fructuaria,[31] expondremos las distintas teorías sucintamente. Según algunos autores, esta obligación consiste en respetar la estructura interna y el destino económico de la cosa, existente al momento de la constitución del usufructo. Lo cual no implica necesariamente, que el usufructuario no puede efectuar mejoras en la cosa. Otra parte de la doctrina, señala que la conservación de la forma y substancia, está referida a la conservación del valor de la cosa, lo cual implica no sólo conservar su rendimiento normal, sino también su potencial económico futuro. Otros sostienen, que la conservación de la cosa supone mantenerla en el estado más semejante al que tenía al momento de su constitución, sin perjuicio del disfrute

[31] ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, ob. cit., p. 159.

natural que el usufructo implica. El profesor Fernando Rozas Vial,[32] señala que esta obligación permite hacer las mejoras que sean aconsejables para que la cosa produzca lo más posible, manteniendo la substancia y forma semejante a la que tenía, pero que permita un goce racional.

iv) *Cuidar de la cosa como un buen padre de familia:* El Código en numerosas disposiciones, alude a la responsabilidad del usufructuario en el goce de la cosa, artículos 787, 788, 802 del Código Civil. Incluso le hace responsable de los hechos ajenos que su negligencia haya permitido. Pero el legislador no determina expresamente de que tipo de culpa responde el usufructuario, para ello debemos remitirnos al artículo 44 inciso 3º, que señala que "*la culpa sin otra calificación, significa culpa o descuido leve*". En el inciso cuarto de la anterior disposición, se establece que "*el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa*".

v) *Cargas fructuarias:* son aquellas indispensables para que la cosa produzca frutos. Éstas son:

- Las expensas ordinarias de conservación, estas son l*os gastos indispensables de conservación y cultivo necesarios para hacer producir la cosa,*[33] artículo 795 del Código Civil;
- Las cargas periódicas o anuales, las pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano haya sido gravada la cosa fructuaria y que durante el usufructo se devenguen, artículo 796 inciso 1º del Código Civil. También le corresponden los impuestos periódicos fiscales y municipales, que graven la cosa durante el usufructo, artículo 796 inciso 2º del Código Civil. Si ante el incumplimiento del usufructuario, estos pagos los hiciere el propietario, tendrá contra el usufructuario el derecho a exigir indemnización, artículo 796 inciso Final;
- Pago de intereses corrientes por los capitales invertidos por el nudo propietario en las obras o refacciones mayores de la cosa fructuaria. *Son obras o refacciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa*

[32] ROZAS, ob. cit., p. 317.
[33] ROZAS, ob. cit., p. 289.

fructuaria, artículo 798 del Código Civil. Estas refacciones son de cargo del propietario, pero el usufructuario debe pagar el interés legal de los dineros invertidos en ellas;

- Contribución a las deudas hereditarias y testamentarias. El artículo 1368 en su inciso primero, señala que si el testador deja el usufructo y la propiedad desnuda a personas distintas, se considerarán como una sola persona para la distribución de las obligaciones hereditarias y testamentarias que cupieren en la cosa fructuaria.

c) Obligaciones posteriores al usufructo

La principal obligación del usufructuario una vez extinto el usufructo, es la de efectuar la restitución de la cosa fructuaria. Esta es una obligación de la esencia del usufructo, que lo distingue de otras figuras jurídicas, por ejemplo del cuasi usufructo o del mutuo, en que sin perjuicio que la obligación sea la misma, el contenido es distinto, ya que la restitución en el cuasi usufructo, no es de la especie entregada, sino de otras tantas de igual cantidad y calidad o del valor que éstas tengan al momento de terminarse el usufructo. La doctrina discute sobre quién tiene el derecho a elegir, en el caso del cuasi usufructo entre otras tantas cosas de igual cantidad y calidad o su valor, si el usufructuario o el nudo propietario. Según el tenor de la disposición, sería el nudo propietario quien tendría este derecho opcional. Ahora, si las partes en la constitución del cuasi usufructo, hubieren pactado que la restitución fuere en dinero, el cuasi usufructo entraría en colisión con otras figuras jurídicas, como por ejemplo una compraventa, en que el plazo de pago estuviere diferido.

5.1) Efectos respecto del nudo propietario

A) Derechos del nudo propietario

a) Derecho de dominio

El nudo propietario tiene el dominio sobre la cosa fructuaria, el cual se encuentra temporalmente separado del uso y goce. Por lo tanto, como cualquier propietario, tiene la facultad de disponer de su nuda propiedad, y en ese evento, quien la adquiera lo hará con tal limitación. Así como el nudo propietario puede disponer de su propiedad, con mayor razón le está permitido gravarla y

constituir sobre ella, por ejemplo una hipoteca, artículo 2.416 del Código Civil. A diferencia del usufructo, la nuda propiedad es transmisible, artículo 773 del Código Civil.

b) Derecho a los frutos pendientes al momento de restituir

Esto es la lógica contrapartida del derecho del usufructuario a los frutos pendientes, al momento de la constitución del usufructo. Es por ello que el legislador faculta al nudo propietario a reclamar del usufructuario los frutos pendientes a la época de la restitución, artículo 781 del Código Civil.

c) Derecho a indemnizaciones

Recordemos que el usufructuario responde de culpa leve en la conservación de la cosa fructuaria. En consecuencia, el nudo propietario está facultado para exigir del usufructuario el pago de indemnizaciones, por los deterioros que el usufructuario produzca en la cosa, artículo 787, 802 del Código Civil.

d) Derecho a exigir el pago de intereses del dinero invertido en obras mayores necesarias

En cuanto a las obras mayores necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, señala el artículo 797 inciso primero, que son de cargo del propietario, pero que el usufructuario debe soportar el pago de los intereses de los dineros invertidos en ellas. Por lo tanto, el propietario se encuentra facultado a exigir del usufructuario el pago de estos intereses.

e) Derecho a solicitar la terminación del usufructo

El propietario puede solicitar al juez, declare extinguido el usufructo, cuando el usufructuario ha faltado a sus obligaciones en forma grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria, esto se conoce en doctrina como el *abuso del disfrute*, artículo 809 del Código Civil.

f) Derecho a defensa de la nuda propiedad

El nudo propietario, al igual que un dueño absoluto y pleno puede, para proteger su derecho, ejercer todas las acciones que el ordenamiento jurídico le proporciona con ese fin.

g) Derecho a exigir la restitución

El nudo propietario, al momento de la terminación de usufructo, puede ejercer contra el usufructuario, para obtener la restitución de la cosa fructuaria, tanto acciones reales como personales. Esta acción personal de restitución de que goza el propietario, proviene del acto constitutivo del usufructo. Se señala como una de las ventajas de esta acción, por sobre la reivindicatoria, que libera al propietario de la carga de probar su derecho, requiriendo sólo la exhibición del documento constitutivo.

B) Obligaciones del nudo propietario. Obras o refacciones mayores

Tal como señala el artículo 797, *las obras o refacciones mayores necesarias para la conservación de la cosa fructuaria, son de cargo del nudo propietario.* Sin embargo la doctrina discute sobre si el propietario tiene el deber de efectuar directamente las reparaciones, o si debe hacerlas el usufructuario, exigiendo posteriormente del propietario, el reembolso de estos gastos. La mayoría de la doctrina sostiene que el propietario no está obligado a efectuarlas directamente, basados en que el propio artículo 797 inciso 3º, señala que si el propietario no las realiza, el usufructuario puede realizarlas, con derecho a reembolso.

6) TERMINACION DEL USUFRUCTO

Los artículos 804 a 809, se refieren a la extinción del usufructo. De esta suerte, el usufructo termina:

i) *Por la llegada del día o del evento de la condición prefijado para la terminación del usufructo.* Señalamos, a propósito de los elementos del usufructo, que éste podía sujetarse a un plazo o condición. Si se cumple la condición o llega el plazo fijado, se extingue consecuencialmente el usufructo. Cuando el plazo sea la edad de una persona distinta del usufructuario y esa persona muera antes de llegar a tal edad, el usufructo continuará hasta la fecha en que esa persona hubiera cumplido esa edad, si hubiere vivido, artículo 804 inciso 2º, 806 del Código Civil.

ii) *Por la muerte del usufructuario.* El derecho de usufructo es intransmisible, nunca puede exceder en su duración, la vida del usufructuario. No es aplicable esta causal al cuasi usufructo.

iii) Por la resolución del derecho de su autor. Si el constituyente del usufructo pierde el derecho de dominio sobre la cosa, consecuencialmente el usufructuario verá extinguido su derecho. Quien sólo tiene sobre su bien un derecho resoluble, únicamente puede conferir a los terceros sobre el mismo bien, derechos resolubles como el suyo, *"Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis"*.[34] Como señala Don Daniel Peñailillo Arévalo,[35] la causa de la resolución del derecho debe existir al momento de la constitución del usufructo.

iv) Por la consolidación del usufructo con la propiedad. La consolidación es la reunión en una persona de las calidades de nudo propietario y usufructuario.[36] Esta causal no es aplicable al cuasi usufructo, dado que en él opera la transferencia del dominio, desde el propietario al cuasi usufructuario.

v) Por la renuncia del usufructuario. El usufructo es un derecho disponible y que sólo mira al interés de su titular, por lo tanto es perfectamente posible su renuncia, artículo 12 del Código Civil.

vi) Por prescripción adquisitiva. En este caso el derecho de usufructo se extingue para su titular y nace para el prescribiente.

vii) Por destrucción completa de la cosa fructuaria. Es lógico que si el usufructo se queda sin objeto, se extinga. Pero para ello, la extinción debe ser total, dado que si es sólo parcial, el usufructo persiste en la parte restante, artículo 807 del Código Civil. Señala el legislador una regla especial para el usufructo sobre una heredad, "*si una heredad fructuaria es inundada, y se retiran después las aguas, revivirá el usufructo por el tiempo que falta para su terminación,* artículo 808 del Código Civil. Esta causal no procede en el cuasi usufructo.

viii) Por sentencia judicial. Se refiere al evento en que el propietario solicita judicialmente la terminación del usufructo, cuando el usufructuario ha faltado a sus obligaciones en forma grave, o por haber causado daños o deterioros considerables a la cosa fructuaria, artículo 809 del Código Civil.

---

[34] PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 517.
[35] PEÑAILILLO, ob. cit., p. 333.
[36] ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, ob. cit., p. 169.

ix) Por expropiación de la cosa fructuaria. Debe asimilarse esta causal a la pérdida o destrucción de la cosa fructuaria.

x) Por el arriendo o cesión del usufructo cuando el constituyente lo prohibió. Podemos agregar como causal de extinción del usufructo, el arriendo o cesión del usufructo, en aquellos casos en que el constituyente prohibió tal facultad, ya que la contravención a esta disposición originará la pérdida del derecho de usufructo, artículo 793 inciso 3º, 4º del Código Civil.

IV. EL DERECHO REAL DE USO Y EL DE HABITACIÓN

1) GENERALIDADES Y CONCEPTO

1.1) Breve historia

El derecho de uso, en la época clásica del Derecho Romano, no atribuía a su titular más que la facultad de usar de la cosa, sin derecho a apropiarse de los frutos que ésta producía, *"uti potest frui non potest"*. Posteriormente los jurisconsultos romanos se vieron forzados, como señalan Planiol y Ripert,[37] a conceder al usuario determinado derecho sobre los frutos, para el caso en que el simple uso de la cosa no procure sino un beneficio insignificante.

1.2) Concepto

> **Artículo 811:** *"El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa".*
>
> *Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación".*

El derecho real de uso, es un derecho de la misma naturaleza que el de usufructo, pero limitado, basado en su extensión. Cuando la limitación no está indicada en el título constitutivo, lo está por ley, "*según las necesidades del usuario y su familia*".[38] El derecho de usufructo, como sabemos, comprende el derecho a usar y gozar

[37] PLANIOL y RIPERT, ob. Cit., p. 521.
[38] COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 597.

de la cosa fructuaria. El derecho de uso comprende el uso de la cosa y un derecho de goce limitado sólo a las necesidades del usuario y de su familia.

2) Características

- El uso y habitación, de acuerdo a su definición es un derecho real (limitado), artículo 577, 811 del Código Civil;
- Es un derecho real principal, no de garantía;
- Es esencialmente temporal, se extingue de la misma forma que el usufructo, por lo tanto, su duración máxima está dada por la vida del Usuario, artículo 812 del Código Civil;
- Constituye una limitación al dominio, artículo 732 del Código Civil;
- Es un derecho *personalísimo*, y por lo tanto, intransmisible, intransferible e inembargable, artículo 819, 2466 inc. 3º del Código Civil. Salvo cuando el Usuario, contrata sobre los frutos de la cosa a que tiene derecho, artículo 819 del Código Civil;
- Es un derecho real sobre cosa ajena;
- Produce la concurrencia de derechos (no comunidad) sobre una misma cosa, el del Usuario y el del Nudo Propietario;
- Confiere la mera tenencia de la cosa, artículo 714 del Código Civil.

3) Elementos del uso y habitación

Son elementos del uso y la habitación, la cosa; los sujetos, esto es, constituyente, nudo propietario y el usuario o habitador; y el plazo o condición. Aquí entonces, nos remitimos a lo ya expresado en el estudio del usufructo.

4) Constitución del uso y habitación

Señala el artículo 812, que el uso se constituye y se extingue, por los mismos medios que el Usufructo, con la única diferencia que el Uso no se constituye por ley. Por lo tanto, podemos enumerar como formas de constitución del uso:

a) Usufructo voluntario, ya sea convencional o testamentario.

b) Usufructo adquirido por prescripción adquisitiva o usucapión.
c) Usufructo judicial.

En cuanto a sus efectos y formalidades, debemos remitirnos a lo señalado a propósito del Usufructo.

5) Efectos del uso y habitación

5.1) Efectos respecto del usuario o habitador

a) Derechos del usuario

Para determinar los derechos del usuario, habrá que estarse a la extensión que a éste derecho se conceda en el título que lo constituye. En caso que el título nada diga, se aplicarán las reglas supletorias que establece la ley, la que otorga al usuario el derecho de usar la cosa, sólo para satisfacer las necesidades del propio usuario y de su familia, artículo 814, 815 del Código Civil. Entonces, para comprender la extensión del derecho del Usuario, tendremos que dilucidar en que consisten las necesidades del Usuario y su familia. Como señalan Alessandri, Somarriva y Vodanovic,[39] ésta comprende el derecho a percibir las utilidades que sean necesarias para satisfacer las necesidades personales del usuario y de su familia, entendidas no en su sentido natural y obvio, sino en el sentido que le da la ley. Esta facultad no implica la satisfacción de las necesidades de la industria o tráfico en que el usuario se ocupa, salvo que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirle en ellas, artículo 816 del Código Civil.

Para efectos de especificar la extensión del derecho de uso, el legislador ha determinado la amplitud del concepto de familia, señalando que esta "*comprende al cónyuge y los hijos; tanto a los que existen al momento de la constitución, como a los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución. Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia. Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa*

[39] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., T. II, p. 176.

de éstos; y las personas a quienes estos deben alimentos", artículo 815 incisos 2º y 3º del Código Civil.

> **Artículo 817:** *"El usuario de una* ***heredad*** *tiene solamente derecho a los objetos comunes de alimentación y combustible, no a los de una calidad superior; y está obligado a recibirlos del dueño, o a tomarlos con su permiso".*

b) Obligaciones del usuario

El usuario tiene las mismas obligaciones que el usufructuario, con algunas diferencias. El usuario no está obligado a rendir caución de conservación y restitución, y en cuanto al inventario solemne, la regla general es que no debe efectuarlo, salvo que el uso se constituya sobre cosas que deben restituirse en especie, artículo 813 del Código Civil. El usuario tiene el deber de gozar de la cosa como un buen padre de familia y está obligado a contribuir a las expensas ordinarias de conservación y cultivo, a prorrata del beneficio que reporte, a menos que el Uso se haya dado caritativamente a personas necesitadas, artículo 818 del Código Civil.

5.2) Efectos respecto del nudo propietario

El nudo propietario tiene los mismos derechos y obligaciones que en el usufructo, con las diferencias que naturalmente surgen de la comparación del uso y del usufructo, como por ejemplo, las relativas a las expensas ordinarias de conservación.

6) TERMINACION DEL USO Y HABITACIÓN

Según lo dispuesto en el artículo 812 del Código Civil, el Uso y Habitación se constituye y se extingue, de la misma forma que el Usufructo. Por ello, hacemos una lógica referencia a lo visto anteriormente, a propósito del Usufructo.

7) DERECHO DE HABITACIÓN

El derecho de habitación, no es sino el derecho de uso que recae sobre una casa y la utilidad de morar en ella, artículo 811 inc. 2º del Código Civil. El derecho del habitador es de las mismas características que el del usuario, con una diferencia: el habitador debe

siempre efectuar el inventario solemne, dado que generalmente el derecho de habitación comprenderá los bienes muebles que forman el mobiliario del hogar y; que su obligación de restituir es de especie o cuerpo cierto.

8) PARALELO ENTRE EL USUFRUCTO, EL USO Y LA HABITACIÓN

Teniendo en cuenta la similitud del usufructo y del uso y habitación, para su mejor comprensión, haremos una comparación entre ambos derechos reales.

a) El usufructo concede un derecho de uso y goce completo. El uso otorga la facultad de usar de la cosa conforme a su naturaleza y el derecho a gozar limitadamente de los frutos que produce la cosa, para la satisfacción de las necesidades personales del usuario y su familia.

b) El derecho de usufructo puede constituirse por ley, el uso no.

c) El usufructuario debe efectuar inventario solemne y rendir caución de conservación y restitución. El usuario y habitador, no debe rendir caución, y respecto al inventario, el habitador debe efectuarlo siempre, y el usuario debe efectuarlo sólo cuando se constituye el uso, sobre cosas que deban restituirse en especie.

d) El usufructo es embargable. El uso no.

e) El usufructuario debe soportar íntegramente las cargas fructuarias. El usuario concurre a ellas a prorrata del beneficio que reporta.

f) El usufructo es transferible. El uso es generalmente intransferible, dado que es un derecho *personalísimo*. Sin embargo, pueden transferirse los frutos de la cosa a que tiene derecho el usuario.

V. EL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

1) Generalidades y concepto

1.1) Breve historia

Las servidumbres prediales o reales o *servitutes,* fueron las únicas conocidas por el Derecho Romano Clásico. Estas eran definidas como ciertos derechos reales que los propietarios de predios vecinos pueden establecer voluntariamente, para que un predio (sirviente) "sirva" a otro (dominante) de manera permanente, la ventaja de un uso limitado.[40] Los romanos distinguían entre *servitutes praedorium rusticorum* y *servitutes praedorium urbanorum,* (servidumbres de predios rústico y urbano). Entre las rústicas, las más comunes fueron: i) las de paso a pie o caballo, *iter*; ii) paso de ganado, *actus*; iii) camino para carros, *via*; iv) conducción de aguas por superficie, *aquae ductus*; v) extracción de aguas, *aquae haustus,* y aquellas que implican el acceso a pozo o manantial, *iter ad hauriendum*; vi) la de poder echar agua en el fundo vecino, *aquae immissio.* De las urbanas podemos nombrar: i) entre las de luces, la de abrir ventanas, *ius luminum,* y la de impedir que el vecino eleve la edificación actual, *ius altius non tollendi*; ii) la de vistas, *ius ne prospectui vel luminibus officiatur*; iii) de desagüe, *cloaca*; iv) la de carga de sobreconstrucción, *ius honeris ferendi*; v) entre las de salientes, la de dejar caer el agua de lluvia desde el tejado, *ius stillicidii,* por canalón, *ius flumini*; vi) y la de proyectar terrazas o balcones sobre el predio vecino, *ius proiiciendi protegendive.*[41] La doctrina romana distinguió entre aquellas servidumbres que consisten en una tolerancia (*pati*: padecer); aquellas que implican una intromisión lícita sobre el predio sirviente (*immissio*); y aquellas que consisten en un derecho a impedir ciertos actos del fundo sirviente (*ius prohibendi*). Estos gravámenes eran de un carácter preciso y definido, pero no fueron un grupo cerrado. La tendencia clásica de restringirlos, se manifiesta en el principio *servitus in faciendo consistere nequit,* que consiste en que la servidumbre no puede implicar un hacer, por parte del dueño del predio sirviente;

---

[40] Schulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico,* p. 376, Barcelona, casa editorial BOSCH, 1960.

[41] D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano,* pp. 192-193, 8ª edición, Pamplona, Eunsa, 1991.

en el principio de que toda servidumbre debe representar una ventaja; y en aquel que señala que entre los predios debe haber una vecindad o *vicinitas.*[42]

1.2) Concepto

Art. 820: *"Servidumbre predial, o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño".*

El estado ordinario de la propiedad es el de ser libre, es decir, el de procurar al propietario todas las ventajas que ella tolera. Pero mientras que el *ius abutendi* (facultad de disposición) no puede pertenecer más que al propietario, otras facultades tales como el *ius utendi*, o el *ius fruendi*, están algunas veces, en todo o en parte, separados de la propiedad, que esta disminuida o aminorada de esta manera, entonces se dice que está gravada con una servidumbre.[43] Las servidumbres son una carga impuesta a un predio a favor de otro predio de distinto dueño, principalmente por razones económicas y de equidad, buscando que la utilidad que el gravamen provoca, sea mucho mayor, que la molestia que debe soportar el sirviente, su origen está en las relaciones de vecindad. Es claro que naturalmente por razones geográficas, algunos predios se ven perjudicados en el goce de ciertos beneficios, que otros sí disfrutan, por su natural ubicación; por ejemplo un rio o un camino. La Ley al imponer las servidumbres, intenta aminorar esta desigualdad natural, imponiendo gravámenes a aquellos que se ven naturalmente favorecidos, en favor de los predios menoscabados.

La servidumbre jurídicamente hablando, tiene ciertas características: es un *derecho real, inmueble, perpetua, accesoria, indivisible, irredimible, en beneficio de un fundo, de contenido variable y fija.* i) es un *derecho real* que se tiene sobre un predio, independiente de quien sea su dueño; ii) es *inmueble* porque siempre se ejerce sobre un predio o finca, y como los derechos se reputan muebles o inmuebles, según la cosa en que se ejercen o que se debe, las servidumbres siempre serán un derecho de carácter inmueble;

[42] Esta *vicinitas* debe entenderse como cercanía, no como contigüidad.

[43] PETIT, EUGÈNE, *Tratado Elemental de Derecho Romano,* p. 239, Editorial Universitaria, Buenos aires, 1999.

iii) es *perpetua* ya que está establecida en favor de un predio, no de una persona, por ello los jurisconsultos romanos señalaban que era una cualidad del fundo.[44] iv) es *accesoria* dado que no es posible cederla, embargarla ni hipotecarla, en forma separada del fundo al que sirve; v) que sea *indivisible* implica que no puede adquirirse, ejercerse ni perderse por partes;[45] vi) es *irredimible* pues el propietario del predio sirviente no puede liberarse de ella con dinero, si el propietario del predio dominante, no consiente en ello;[46] vii) es siempre en *beneficio de un predio*, quien se beneficia es el titular del derecho de dominio sobre el predio dominante, independiente de quien sea. Podríamos decir, haciendo una analogía con las obligaciones propter rem, que las servidumbres son *derechos propter rem*, puesto que su titular es, quien en su momento sea titular del dominio sobre el predio dominante; viii) es un derecho de *contenido variable*. A diferencia del usufructo o del uso y habitación, que comprenden las facultades de uso y goce, respectivamente, el objeto de la servidumbre varía según la voluntad de quienes la han establecido;[47] ix) y finalmente es *fija* en cuanto la Ley prohíbe la agravación o disminución de la servidumbre, por la voluntad arbitraria de alguno de los propietarios.

Las servidumbres también son, desde un punto de vista económico, un elemento indispensable de la organización jurídica de la propiedad territorial. Facilitan la explotación y el cultivo de las tierras y permiten que los fundos alcancen todo su valor, aumentando la utilidad que se puede obtener de ellos.[48]

2) CARACTERÍSTICAS

a) Es un derecho real, en el caso de las servidumbres activas, art. 577 inc. 2º del Código Civil;

b) Es un derecho real de carácter accesorio, la servidumbre no puede enajenarse separada del predio al cual accede. Lo anterior no significa que la servidumbre sea un derecho real de garantía, ya que su objeto no es asegurar el cumplimiento de una obligación, art. 825 del Código Civil;

[44] COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, ob. cit., p. 598.
[45] ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, ob. cit., p. 184, Tomo II.
[46] PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES, ob. cit., p. 525.
[47] COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, ob. cit., p. 599.
[48] COLIN, AMBROISE y CAPITANT, HENRY, ob. cit., p. 600.

c) Es un derecho real sobre cosa ajena, *"Nemine res sua servit"*;[49]

d) Es un derecho generalmente perpetuo. A diferencia del usufructo y del uso y habitación, la servidumbre es generalmente perpetua, ya que su utilidad no se presta a persona determinada, sino a un predio. Sin perjuicio de ello, las partes pueden establecer una servidumbre por tiempo determinado o sujeta a condición;

e) Es un derecho indivisible. No puede adquirirse, ejercerse ni perderse por partes;

f) Es un derecho esencialmente inmueble. A diferencia de los demás derechos reales, la servidumbre sólo tiene el carácter de inmueble, ya que se ejerce siempre sobre un predio;

g) Produce la concurrencia de derechos sobre una misma cosa;

h) Cualquier conflicto que sea relativo a la constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales, o a las prestaciones a que da lugar, deben ser conocidas en **juicio sumario**, art. 680 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil.

3) ELEMENTOS

– Un predio dominante y un predio sirviente, de distintos dueños.
– Un gravamen impuesto a uno de ellos, a favor del otro.

Predio dominante, es aquel que requiere de la prestación de un determinado servicio para su uso y beneficio, por otro predio y; predio sirviente es aquel que soporta este gravamen, en favor de otro predio de distinto dueño, principalmente por razones de conveniencia económica y de equidad.

El gravamen consiste en una restricción del dominio del dueño del *predio sirviente*, que le obliga a soportar ciertos actos del propietario del predio dominante, y de abstenerse de realizar algunos. El gravamen no puede implicar para el dueño del predio sirviente, la obligación de realizar algo, *servitus in faciendo consistere nequit*.

[49] Nadie tiene una servidumbre o carga sobre su propiedad.

4) CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres se clasifican de variadas formas y de acuerdo a distintos criterios.

4.1) Según si se puede ejercer continuamente, en *continua* y *discontinua.*

i) Servidumbre *continua* es la que se ejerce o se puede ejercer continuamente, *sin necesidad de un hecho actual del hombre*, como la servidumbre de acueducto, art. 822 1ª parte del Código Civil.

ii) Servidumbre *discontinua* es la que se ejerce a intervalos más o menos largos de tiempo, y *supone un hecho actual del hombre*, como la servidumbre de tránsito, art. 822 del Código Civil.

4.2) Según la actividad que debe realizar el dueño del predio sirviente en *positiva* y *negativa.*

i) Servidumbre *positiva* es, en general, la que sólo impone al dueño del predio sirviente la obligación de *dejar hacer*. Señala el inciso segundo del art. 823, que las servidumbres positivas imponen a veces al dueño del predio sirviente la *obligación de hacer algo,* como la del art. 842.

ii) Servidumbre *negativa* es, la que impone al dueño del predio sirviente la *prohibición de hacer algo*, que sin la servidumbre le sería lícito realizar, como la de no poder elevar sus paredes sino a cierta altura, art. 823 inc. 1º, 2ª parte del Código Civil.

4.3) Según las señales de su existencia en *aparentes* e *inaparentes.*

i) Servidumbre *aparente* es la que está continuamente a la vista, como la de tránsito, cuando se hace por una senda o por una puerta especialmente destinada a él, art. 824 1ª parte del Código Civil.

ii) Servidumbre *inaparente* es la que no se conoce por una señal exterior, como la misma de tránsito, cuando carece de estas dos circunstancias y de otras análogas, art. 824 2ª parte del Código Civil.

4.4) Según su origen en *naturales, legales* y *voluntarias.*

i) Servidumbre *natural* son aquellas que provienen de la

natural situación de los lugares, sin que en su constitución intervengan la voluntad de la Ley o del hombre.

ii) Servidumbre *legal* es aquella impuesta por la Ley y que es relativa al uso público, o a la utilidad de los particulares.

iii) Servidumbre *voluntaria* es la constituida por la voluntad de los sujetos.

5) Servidumbres naturales, legales y voluntarias

5.1) Reglas generales

La extensión y el ejercicio de la servidumbre, habrá que determinarla conforme a su fuente de origen, natural, legal o voluntaria. Sin perjuicio de lo anterior, e independiente de su fuente, la servidumbre tiene las siguientes reglas generales: i) El que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla. Así, el que tiene derecho de sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido expresamente en el título, art. 828 del Código Civil; ii) El que goza de una servidumbre puede hacer las obras indispensables para ejercerla; pero serán a su costa, si no se ha establecido lo contrario; y aun cuando el dueño del predio sirviente se haya obligado a hacerlas o repararlas, le será licito exonerarse de la obligación abandonando la parte del predio en que deban hacerse o conservarse las obras; iii) El dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuir, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo. Con todo, si por el transcurso del tiempo llegare a serle más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas, art. 830 del Código Civil.

5.2) Servidumbres naturales

Ya vimos anteriormente, en las clasificaciones de las servidumbre, que las naturales *son aquellas que provienen de la natural situación de los lugares*. Es por ello que el legislador, no confiere al dueño del predio sirviente ningún tipo de indemnización. El Código Civil contempla como servidumbre natural, la de *"libre descenso y escurrimiento de las aguas"*. Esta servidumbre consiste en que el

predio inferior o sirviente está obligado a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello. El dueño del predio superior o dominante, no puede hacer ninguna obra con el objeto de que las aguas desciendan. Por ello el art. 833 inc. 2º, señala que no se puede dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial, y consecuentemente, en el predio servil no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante que la grave, art. 833 inc. 3º del Código Civil. Sin perjuicio de lo anterior, el propietario del predio servil, puede construir obras que, sin impedir el normal descenso de las aguas, sirvan para regularizarlas o aprovecharlas, según el caso, art. 74, 75 del Código de Aguas.

5.3) Servidumbres legales

Vimos anteriormente que las *servidumbres legales son aquellas impuestas por la ley y que son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares,* art. 831, 839. De esta definición se desprende que las servidumbres legales se clasifican en servidumbre de *interés público y de interés particular.*

a) Servidumbres de interés público

Estas servidumbres son de dos tipos: las que se refieren al uso de las riberas para la navegación o flote, y las que se establecen por reglamentos u ordenanzas especiales:

i) Uso de riberas para la navegación o flote

Esta servidumbre consiste en la obligación de los propietarios riberanos de dejar el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga.[50] Esta servidumbre cesa si el rio deja de ser navegable o flotable. No puede esta servidumbre ser utilizada con otros fines, arts. 103 a 106 del Código de Aguas. En realidad aquí no nos encontramos frente a una verdadera servidumbre, no hay predio sirviente ni dominante, lo que hay es una limitación al dominio en interés público.

[50] Maniobra que sirve para tirar las redes, para llevar las embarcaciones desde tierra, principalmente en la navegación fluvial y para otros usos.

ii) Servidumbres establecidas por reglamentos u ordenanzas especiales

Estas servidumbres son aquellas establecidas por la autoridad respectiva en interés público.

b) Servidumbres de interés particular. Son las servidumbres de *demarcación, cerramiento, tránsito, medianería, acueducto, luz y vista.*

i) Servidumbre de demarcación

Es un conjunto de actos de naturaleza física e intelectual, que buscan fijar la línea divisoria entre dos predios, demarcándola a través de límites materiales. Como podemos concluir de la definición, consta de dos etapas: una *intelectual* de fijación de la línea divisoria, y otra *física o material*, de colocación de hitos que indiquen el curso de la línea. Esta demarcación puede hacerse de común acuerdo entre los vecinos o puede ser solicitada judicialmente, a través del ejercicio de la acción de demarcación.

La acción de demarcación, es aquella que permite al propietario, solicitar judicialmente a su vecino que concurra con él, a la fijación de los límites entre las propiedades vecinas. **Esta es una acción de carácter real, su objeto es delimitar el contenido del derecho de dominio**. No es necesario para ejercer esta acción, que no exista demarcación, puesto que puede haber sido fijada unilateralmente por uno de los vecinos. La obscuridad de los límites puede provenir de la fragilidad de los linderos o por la ambigüedad de los títulos de los vecinos, en la descripción de sus deslindes. Sin perjuicio que el objeto de esta acción, no sea el de discutir sobre la propiedad de una determinada porción de terreno, **igualmente puede llevar a que los límites sean modificados, y que eventualmente los vecinos deban hacerse restituciones de terreno, lo cual la asemejaría a la acción reivindicatoria**. La verdad es que en la práctica es complejo determinar si la acción ejercida o a ejercer, es la reivindicatoria o la de demarcación. El criterio que nos servirá para distinguir entre ambas acciones, será la *actitud de los vecinos.* Si ambos poseen los terrenos disputados sin ánimo de señor y dueño y están dispuestos a modificarlos, la acción que procede es la demarcación, si alguno de ellos posee con ánimo de señor y dueño, la acción a ejercer será la de dominio. En todo caso

como señala don Daniel Peñailillo,[51] no hay inconveniente en plantear la acción de demarcación como *subsidiaria de la reivindicatoria.*

Esta acción puede ser ejercida por el propietario y también por el poseedor (**legitimados activos**), ya que como sabemos, el poseedor actúa con ánimo de señor y dueño y la Ley le reputa tal. Según la doctrina puede ser ejercida igualmente por cualquier sujeto que tenga un derecho real en la cosa. También puede interponerla uno de los comuneros, sin necesidad del consentimiento de los otros comuneros, pues es un acto de conservación,[52] art. 2081 Nº 3 del Código Civil.

Debe ser ejercida contra (**legitimado pasivo**) él o los vecinos, y si el vecino fuere una comunidad contra todos ellos. El demandado en el juicio de demarcación puede solicitar, se cite al juicio a todos aquellos que puedan verse afectados por la sentencia, con el objeto de evitar el efecto relativo que tiene esta fuente del derecho. También es posible que los vecinos, soliciten la demarcación conjuntamente al tribunal.

La **inspección personal del tribunal** y el **informe de peritos**, serán los medios de prueba más útiles para que el juez pueda señalar a quien corresponde el terreno dudoso. La demarcación es según la doctrina, una **acción doble**, porque la carga de la prueba recae sobre ambas partes y no sólo sobre una de ellas. Esto la diferencia de la reivindicatoria, donde el reivindicante debe probar su dominio.

La acción de demarcación, es *de carácter declarativo,* sólo busca que el juez constate que tales son los límites entre dos o más propiedades. No crea derechos, aun cuando el límite existente deba ser modificado. Esta acción es imprescriptible, puede ser ejercida en cualquier momento mientras dure la indeterminación de la línea divisoria. Sin embargo, si alguno de los vecinos hubiere poseído alguna de las porciones disputadas con ánimo de señor y dueño, ganándola por prescripción, la acción no podrá ejercerse en esa parte. Lo anterior no significa que la acción haya prescrito, sino que el terreno ganado por usucapión ha dejado de ser dudoso.

La demarcación puede ser efectuada **de común acuerdo** entre los vecinos, caso en que se denomina *amigable o convencional.* En este caso se rige por las reglas que gobiernan los actos jurídicos.

[51] PEÑAILILLO, DANIEL, ob. cit., p. 349.
[52] ROZAS VIAL, FERNANDO, ob. cit., p. 341.

En cambio, cuando no hay acuerdo entre los vecinos, la demarcación puede ser solicitada por cualquiera de ellos, a través de la **acción de demarcación (vía jurisdiccional)**.

En cuanto a los *efectos de la demarcación,* los dueños de los predios vecinos, una vez efectuada la demarcación, no pueden desconocerla. Si alguno de los hitos fuere destruido o removido intencionalmente por uno de los dueños de los predios vecinos, el perjudicado puede pedir que sea repuesto por el que lo ha quitado, a su costa y que le indemnice los perjuicios que la remoción le ha provocado. También podrá ejercer las acciones penales correspondientes, art. 462 del Código Penal.[53] La demarcación debe hacerse **a expensas comunes entre los vecinos**, todos deben soportar los gastos que irroguen la delimitación intelectual y material. Ahora en cuanto a los gastos del juicio, rigen las normas generales sobre costas.

En cuanto a la **forma de hacer la demarcación y el amojonamiento**, diremos que la demarcación en el plano material, consistirá en **colocar hitos** o **mojones** en el terreno, esto es, objetos de carácter sólido y fijo, que permitan con posterioridad trazar una línea entre ellos y efectuar a continuación un eventual cerramiento. Estos hitos podrán consistir en piedras, árboles, cercas vivas o muertas, fosos, etc. Los hitos deben colocarse en todos los ángulos de la línea separativa, de manera que una línea recta lleve de un hito a otro, coincidiendo siempre con el límite.

Existe discusión respecto de la **naturaleza jurídica de la demarcación**. Para la doctrina mayoritaria, la demarcación **no es una servidumbre**, de acuerdo con la definición que nos entrega el artículo 820 del Código, ya que no encontramos en ella un predio sirviente ni uno dominante, **es sólo un acto de delimitación del derecho de dominio**.

ii) Servidumbre de cerramiento

El cerramiento es la facultad de todo propietario de cerrar y cercar su predio y de exigir a sus vecinos que contribuyan a ello, art. 844 del Código Civil. Al igual que la demarcación, es una acción que emana del derecho de dominio, por lo tanto real

[53] Art. 462. El que destruyere o alterare términos o límites de propiedades públicas o particulares con ánimo de lucrarse, será penado con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

e imprescriptible, mientras no prescriba el derecho mismo. Se realizará comúnmente, después de efectuar la demarcación.

En este punto es necesario hacer una distinción: si el cerramiento se hace a expensas de todos los vecinos o si se hace por cuenta y riesgo de uno ellos. En el primer caso, la pared construida será medianera y de propiedad de los vecinos conjuntamente. En caso que sólo uno de ellos soporte la construcción de la muralla o cerco, los demás vecinos no tendrán derecho alguno en la cerca, y no podrán en consecuencia usarla, salvo que hayan adquirido este derecho por prescripción de cinco años, o por título después de efectuado el cerramiento, art. 845, 854 del Código Civil. El dueño del predio que desea efectuar el cerramiento, puede hacer que su vecino concurra a efectuarlo, abonando también su parte en los gastos que provoque el cerramiento. En caso de negativa, el juez deberá determinar la contribución, conforme a las reglas del procedimiento sumario, art. 680 Nº 2 del Código de Procedimiento Civil.

Por las mismas razones aducidas a propósito de la demarcación, se señala por la doctrina que el cerramiento no es una servidumbre, sino una obligación impuesta por las relaciones de vecindad.[54]

iii) Servidumbre de medianería

La medianería es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes, están sujetos a las obligaciones recíprocas que van a expresarse (art. 851). En otras palabras, es aquella servidumbre que se produce cuando el cierre entre dos predios es común. Cuando se encuentra sobre el límite entre ambos predios.

Casos en que se produce la medianería: cuando el muro divisorio se construye justo sobre el límite entre ambos predios; y Cuando el muro ha sido construido a expensas comunes, o cuando habiendo sido construido por sólo uno de ellos, el otro ha adquirido la medianería.

La medianería puede adquirirse por modos originarios y derivativos. Son originarios la construcción a expensas comunes y la prescripción. Son derivados la tradición y la sucesión por causa de muerte.

---

[54] En los proyectos de Código Civil, Bello incluyó a la vecindad como uno de los cuasicontratos.

El muro medianero generalmente se construye a expensas comunes. Esta construcción puede hacerse mediante el acuerdo de los vecinos, o por vía judicial, en la que uno de los vecinos exija al otro que concurra a la construcción de la cerca divisoria común. En este último caso, será el juez quién determinará la forma y modo en que habrá de hacerse la construcción común.

La medianería al ser una especie de copropiedad, puede adquirirse por prescripción al igual que la propiedad. La posesión de la pared medianera se verificará por el uso público que uno de los vecinos haga de la misma. Por ejemplo utilizar el muro divisorio para apoyar una pared, o para colgar plantas o una soga. El plazo de prescripción de esta copropiedad es de cinco años, art. 882 inc. 2º del Código Civil.

El vecino puede adquirir la copropiedad de la pared medianera a través de una convención, como por ejemplo: una compraventa o donación. También puede hacerlo forzadamente, cuando conste que la pared pertenece exclusivamente a uno de los vecinos. En este evento, el dueño del otro predio podrá hacerla medianera, aun sin el consentimiento de su vecino, pagándole la mitad del terreno en que está el cerramiento, y la mitad del valor actual de la porción de cerramiento cuya medianería pretende, art. 854 del Código Civil. Este derecho del vecino, de convertir la pared privativa en medianera, es imprescriptible por inactividad, al igual que el dominio, es decir, no se extingue por el *desuso*. En esta última hipótesis, la doctrina ha intentado explicar, en virtud de que facultad, el vecino puede obligar a transformar la pared en medianera. Unos sostienen que se trata de un caso de expropiación, fundada en el interés general de evitar perdidas de terreno, materiales y obra de mano, si el vecino tuviera que hacer otra muralla en su terreno. Otros entienden que se trata de una venta, que puede ser voluntaria o forzada, según el vecino acceda o no a la cesión. En ambos casos, el acto debe efectuarse por escritura pública, art. 698 del Código Civil. La medianería puede adquirirse por sucesión, cuando el vecino propietario de la pared, mediante un testamento, convierte en copropietario a su vecino del cerramiento.

El hecho que la pared sea o no medianera, debe ser probado por quién desea se le reconozca derecho a ella. Para ello podrá servirse del título en virtud del cual hubiere adquirido la copropiedad (por ejemplo por compra de la medianería); o por un

documento en que conste que la pared se construyó en forma común; o de la prescripción que eventualmente hubiere ganado. Cuando no fuere posible probar la medianería por estos medios, puede hacerse uso de las presunciones de medianería que contempla la Ley:

– Se presume medianera la pared cuando consta o por alguna señal aparece que han hecho el cerramiento de acuerdo y a expensas comunes, art. 852 del Código Civil. Por ejemplo, cuando ambos apoyan sus edificios en el muro medianero;
– Toda pared de separación entre dos edificios se presume medianera, pero sólo en la parte en que fuere común a los edificios mismos, art. 853 inc. 1º del Código Civil;
– Se presume medianero todo cerramiento entre corrales jardines y campos, cuando cada una de las superficies contiguas esté cerrada por todos lados, art. 853 inc. 2º primera parte del Código Civil;
– Si una sola de las superficies está cerrada de este modo, se presume que el cerramiento le pertenece exclusivamente, art. 853 inc. 2º parte segunda del Código Civil.

En cuanto a los derechos de los vecinos sobre la pared divisoria, ellos tienen: **derecho a edificar sobre la pared medianera:** cualquiera de los condueños de la pared divisoria puede edificar sobre ella, siempre que lo haga con el consentimiento de su vecino, y en caso que este se oponga, podrá el copropietario, provocar un juicio práctico,[55] en el cual se dictarán las medidas necesarias para que la nueva edificación no dañe al vecino, art. 855 inc. 1º del Código Civil; **derecho a recortar los maderos del vecino:** la regla general es que cualquiera de los copropietarios puede edificar sobre la pared divisoria, e introducir maderos hasta la distancia de un decímetro (10 centímetros) de la superficie opuesta. Ahora bien, si el vecino quisiese también introducir maderos o hacer una chimenea, podrá recortar los maderos de su vecino, hasta

[55] El juicio práctico era un procedimiento consagrado en la antigua legislación española, para contiendas que trataban materias que requerían un examen directo del asunto. El Código de Procedimiento Civil, abolió este procedimiento, señalando en el art. 410, que cuando la ley ordene que un asunto se resuelva en un juicio practico, deberá efectuarse un reconocimiento y dictamen pericial.

el medio de la pared, sin dislocarlos, art. 855 inc. 2º del Código Civil; **derecho a elevar la pared divisoria:** Si alguno de los copropietarios de la pared medianera, desea elevar la pared, puede hacerlo, siempre que no contravenga las ordenanzas generales o locales. Pero con ciertas limitaciones.[56]

En cuanto a las expensas comunes de construcción, conservación y reparación, éstas son de cargo de todos los que tengan propiedad en la pared medianera, a prorrata de los respectivos derechos, art. 858 inc. 1º del Código Civil. Pero cualquiera de los condueños podrá exonerarse de esta obligación, renunciando a la copropiedad sobre el muro medianero, art. 858 inc. 2º del Código Civil.

La Ley señala que los árboles que se encuentran en el límite, son igualmente **medianeros**, pero que cualquiera de los vecinos puede pedir que se derriben, si en algún modo le dañan, y si por algún accidente se destruyen, no podrá plantarse uno nuevo sin su consentimiento, art. 859 del Código Civil.

Existen también, medios o medidas de protección de la pared medianera: **Prohibición de plantar a cierta distancia de la muralla**, está prohibido plantar árboles a una distancia menor a quince decímetros (150 centímetros) de la muralla, y plantar flores y hortalizas a una distancia menor a cinco decímetros (50 centímetros). La doctrina señala que en esta hipótesis, nos encontramos

---

[56] Las limitaciones son: 1º. La nueva obra será enteramente a su costa. Salvo que los vecinos deseen conjuntamente elevar la pared; 2º. El vecino que eleve la pared deberá pagar, a título de indemnización, la sexta parte de lo que valga la obra nueva, por el aumento de peso que recibe la pared medianera; 3º. También deberá pagar indemnización cada vez que sea necesario reconstruir la pared medianera; 4º. Será obligado a elevar a su costa, las chimeneas del vecino situadas en la pared medianera; 5º. Si la pared medianera no es lo bastante sólida para soportar el aumento de peso, la reconstruirá a su costa, indemnizando al vecino por la remoción y reposición de todo lo que por el lado de éste, cargaba sobre la pared o estaba pegado a ella; 6º. Si producto de la elevación, fuere necesario aumentar el espesor de la división, este aumento deberá hacerse en el terreno del vecino que desea construir la obra nueva; 7º. El vecino que no tomó parte en la construcción de la obra nueva, podrá siempre adquirir la medianería pagando la mitad del costo total de ésta, y el valor de la mitad del terreno sobre que se haya extendido la pared medianera, según el inciso anterior. Nos parece posible que el vecino que no participó en la construcción, pueda adquirir la medianería por prescripción, y también por los demás medios estudiados anteriormente. Si la elevación fuere construida por sólo uno de los vecinos, la pared será privativa, esto es, de propiedad de uno solo de los vecinos, pero podrá el otro vecino adquirir la medianería, según las reglas generales.

frente a una verdadera servidumbre, de carácter recíproca,[57] entre ambos predios, art. 941 inc. 2º del Código Civil; **Derecho a exigir el corte de ramas y raíces**, si un árbol extiende sus ramas sobre un predio ajeno, o penetra en él con sus raíces, podrá el dueño *exigir al vecino* que corte la parte excedente de las ramas, y *cortar él mismo* las raíces que pasan a su terreno, aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida., art. 942 del Código Civil; **Derecho a exigir que se planten a la distancia debida, los árboles de grandes raíces,** si algún vecino quisiera plantar un árbol de aquellos que extienden sus raíces a gran distancia, el vecino que se vea afectado podrá pedir al juez, se planten a una que convenga para que no dañen los edificios vecinos. El juez podrá fijar como *máximum* la distancia de cinco metros, y como *mínimum* la señalada anteriormente de quince decímetros; **Derecho a impedir que haya fuentes de agua cerca de la pared**, el dueño de una casa puede pedir que no haya cerca de sus paredes (y entre estas la pared divisoria) depósitos o corrientes de agua que puedan erosionarla o dañarla, art. 941 inc. 1º del Código Civil; **Respeto a las ordenanzas en las obras que puedan causar daño a edificios vecinos:**

> **Art. 856:** *"Si se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las ordenanzas generales o locales, ora sea medianera o no la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas, y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios".*

iv) Servidumbre de tránsito

Es el derecho conferido por la Ley al dueño de un fundo que se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, para exigir paso por alguno de éstos, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su fundo, previa la correspondiente indemnización.[58] Sin perjuicio que sea una servidumbre legal, pueden constituirse servidumbres de tránsito voluntarias, cuando no concurriere alguno de los requisitos exigidos por la Ley.

---

[57] Las servidumbres también pueden ser de carácter reciproco, gravándose ambos predios en mutuo beneficio.

[58] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 211, Tomo II.

La doctrina está de acuerdo en que la servidumbre de tránsito, es una servidumbre en el sentido estricto de la definición. Podemos encontrar un predio sirviente, que es aquel que tiene acceso al camino público, y uno dominante, el cual se encuentra desprovisto de acceso. Esta servidumbre es discontinua, positiva y será aparente o inaparente según hayan o no, señales de su existencia. Esta servidumbre por ser discontinua, sólo puede adquirirse por título y no por prescripción.

Requisitos para establecer esta servidumbre: 1º. El predio dominante debe estar desprovisto de toda comunicación al camino público. Se ha entendido que no sólo procede cuando no hay comunicación, sino también cuando el acceso a otro camino es demasiado oneroso; 2º. La comunicación con el camino público debe ser indispensable para el uso y beneficio del predio; 3º. Debe indemnizarse previamente al dueño del predio sirviente, y **resarcirle de todo perjuicio**.

Si no hubiere acuerdo entre los propietarios de los predios sirviente y dominante, **la indemnización la reglarán peritos**. Los peritos determinarán tanto la indemnización como el ejercicio de la servidumbre, art. 848 del Código Civil.

Si una vez concedida la servidumbre, esta llega a no ser indispensable, el dueño del predio sirviente puede pedir se le exonere de esta servidumbre, restituyendo lo que el dueño del predio dominante haya pagado por el valor del terreno, art. 849 del Código Civil.

Si un predio se divide en lotes por cualquier causa, y uno de los predios que se crea, queda desprovisto de comunicación con el camino público, se constituirá por Ley una servidumbre de tránsito en su beneficio, **sin necesidad de indemnización alguna**, art. 850 del Código Civil.

v) Servidumbre de acueducto

Conforme el artículo 76 del Código de Aguas, la servidumbre de acueducto es aquella que autoriza a conducir aguas por un predio ajeno a expensas del interesado. La servidumbre comprende el derecho de construir obras de arte en el cauce y de desagües para que las aguas se descarguen en cauces naturales.

La servidumbre de acueducto consiste en permitir el paso de las aguas por el predio sirviente. Generalmente el agua pasará

mediante canales o diques, construidos por el dueño del predio dominante, en el predio sirviente. Esta servidumbre, de acuerdo a la clasificación, es continua, pues no requiere un hecho actual de hombre para su ejercicio, positiva, pues impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer algo, y será aparente o inaparente, según hayan señales externas de su existencia.

Requisitos para establecer esta servidumbre: 1º. La necesidad de conducir aguas por un predio ajeno; 2º. Existencia de un derecho de aguas que conducir; 3º. Pago de indemnizaciones al dueño del predio sirviente. Estas comprenderán el precio de todo el terreno ocupado por el acueducto, y todos aquellos perjuicios que para el propietario del predio servil, origine la servidumbre, y las demás indemnizaciones que contempla el Código de Aguas, en el art. 82.

Un mismo predio sirviente puede ser obligado a soportar varias servidumbres de acueducto (si por ejemplo, es contiguo a un rió). Pero podrá el dueño del predio sirviente oponerse a que se construya un nuevo acueducto en su finca, ofreciendo paso por el suyo (acueducto), a las aguas de otro, con tal que ello no perjudique notablemente a quien quiera construir un nuevo acueducto. También podrá oponerse a una nueva construcción, cuando su predio esté gravado con otra servidumbre, que haga innecesaria la construcción de un nuevo acueducto.

No pueden ser sirvientes los edificios, instalaciones industriales y agropecuarias, estadios, canchas de aterrizaje y las dependencias de cada uno de ellos, art. 80 del Código de Aguas.

Todo predio puede ser dominante, si se cumplen las condiciones que la Ley establece. Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto a favor de un pueblo, industria, mina u otra heredad que necesite conducir aguas para cualquier fin, art. 77 del Código de Aguas.

La servidumbre deberá tener un rumbo que permita el descenso de las aguas por el acueducto, y que no haga excesivamente dispendiosa la obra. El rumbo más corto se mirará como el menos perjudicial. En caso de conflicto sobre la dirección del acueducto, el juez decidirá amparando a las heredades sirvientes, art. 79 del Código de Aguas. Asimismo, la conducción de las aguas se hará por un acueducto que no permita filtraciones, derrames, desbordes, acumulaciones de agua y basura, que perjudiquen a la heredad sirviente, art. 78 del Código de Aguas.

Servidumbres de derrame y drenaje. *Derrames* son las aguas que quedan abandonadas en los linderos de un inmueble, después de su uso, sin que el dueño vuelva a utilizarlas. La servidumbre consiste en que los vecinos de este propietario de aguas que las deja escurrir hacia predios vecinos, deben soportar el escurrimiento. Será de común ocurrencia que los vecinos inferiores, soporten sin problemas este derrame, por ser beneficioso para sus predios o siembras. Pero si el agua fuere de un gran caudal, o si el vecino inferior no quisiera recibir esta agua, será necesario solicitar judicialmente la constitución de la servidumbre de derrame, según lo prescrito en el art. 94 del Código de Aguas. Se regirá esta servidumbre, por las reglas establecidas para la de acueducto, es decir, el dueño del predio dominante, deberá construir un acueducto por donde pasen estas aguas, pagando el precio de todo el terreno ocupado por el acueducto, y todos aquellos perjuicios que para el propietario del predio servil, origine la servidumbre, y las demás indemnizaciones que contempla el Código de Aguas.

Drenajes son los cauces naturales o artificiales que sirven de colectores de las aguas que se extraen para recuperar terrenos que se inundan, o para secar pantanos y vegas. Estas servidumbres se establecen en interés general, el cual está constituido por el aumento de los terrenos cultivables o el mejoramiento de la salubridad de una región, como consecuencia de la desecación de los pantanos.[59] Pero también encontramos el interés particular del dueño de la finca que es desecada y que adquiere con ello, un nuevo valor y utilidad. Se rigen, al igual que la servidumbre de derrame, por las reglas del acueducto.

Servidumbre de aguas lluvias. Todo predio tiene la carga de soportar el agua lluvia que en él cae, y tiene como contrapartida, la posibilidad de usar esa agua, sin necesidad de constituir un derecho de aprovechamiento sobre ella. Los predios inferiores están sujetos a la *servidumbre natural de libre escurrimiento de las aguas,* respecto de las aguas que hacia ellos, bajan de los predios superiores. Sin perjuicio de lo anterior, no hay una servidumbre de lluvias para el agua que escurre de los techos vecinos, porque esta no es natural, sino originada por el hombre. Los techos de

[59] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, ob. cit., p. 217, Tomo II.

toda vivienda deben verter sus aguas sobre el predio al que pertenecen, o sobre calles públicas, y no sobre otro predio, sino con el consentimiento de su dueño, art. 879 del Código Civil. Pero nada obsta a que la servidumbre de aguas lluvias pueda ganarse por prescripción, dado que es una servidumbre aparente y continua. Si por ejemplo un vecino construye su vivienda, e inclina su techo hacia el patio vecino, y éste nada dice, al cabo de cinco años habrá constituido la servidumbre de aguas lluvias en su favor.

vi) Servidumbres de luz y vista

La servidumbre legal de luz tiene por objeto dar luz a un espacio cualquiera cerrado y techado; pero no se dirige a darle vista sobre el predio vecino, esté cerrado o no (art. 873).

Luces son ventanas o huecos destinados a dar luz y aire a los espacios cerrados y techados. *Vistas* son huecos o ventanas que además del paso de la luz y el aire, permiten asomarse al predio vecino.[60]

Construcción de ventanas de luz y vista. El legislador permite crear ventanas de luz y vista, sin restricción, cuando la pared privativa está separada a una distancia de a lo menos tres metros de la línea divisoria. Cuando la distancia que separa la pared privativa de la pared medianera es menor, hay ciertas limitaciones para la construcción de ventanas de luz y vista.

En cuanto a las ventanas de vista, éstas no pueden construirse una distancia menor a tres metros del cerco divisorio, medidos en el plano vertical de la línea más sobresaliente de la ventana y el plano vertical de la línea divisoria de los dos predios, siendo ambos planos paralelos.

En cuanto a las ventanas de luz, pueden construirse ventanas de luces en una pared a una distancia menor de tres metros del límite entre los predios, y aun en el mismo cerco divisorio, siempre que sea privativo, no medianero, con las siguientes restricciones: 1º. La ventana debe estar guarnecida de rejas de hierro, y de una red de alambre, cuyas mallas tengan tres centímetros de abertura o menos, y 2º. La parte inferior de la ventana debe distar del suelo de la vivienda a que da luz, tres metros a lo menos. O sea, la parte inferior de la ventana que se encuentra en el cerco privativo, debe tener una elevación desde el suelo, de a lo menos

[60] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, ob. cit., p. 218, Tomo II.

tres metros, art. 875 del Código Civil. Si la pared es medianera, no pueden construirse en ella, ventanas de luces o vista, sin el consentimiento de los vecinos, art. 874 del Código Civil.

La doctrina no está de acuerdo sobre la naturaleza jurídica de estas servidumbres. Una doctrina señala que no son servidumbres en el sentido estricto de la definición, sino que consisten en restricciones al dominio, derivadas de las relaciones de vecindad. Otro sector defiende el carácter de servidumbre de estas figuras, pero no llega a acuerdo sobre cuál es el predio sirviente y cuál el dominante. Algunos autores sostienen que predio sirviente es aquel en que se construyen las ventanas de luz o vista, siendo el predio dominante el vecino, el cual tiene la utilidad de que las ventanas que se construyan, deben respetar ciertas limitaciones establecidas por la Ley. Otros indican que predio sirviente es el predio que debe soportar la molestia de las ventanas, ya que limita su derecho a no ser molestado, y dominante es aquel en que se construyen las ventanas y que las restricciones legales, no son sino, ciertas restricciones al ejercicio del derecho de servidumbre. Nada obsta a que el gravamen entre los predios sea recíproco,[61] dado que las normas que regulan la construcción de las ventanas de luz y vista, protegen ambos intereses jurídicos. Por un lado el del vecino que debe soportar la construcción de ventanas cerca de su pared, asegurándosele por el legislador, que no van a invadir en forma violenta su intimidad. Y por otro lado, también se protege el interés del vecino que desea construir una ventana, permitiéndole su construcción, pero con ciertas limitaciones propias de una buena relación de vecindad.

Ambas servidumbres (de luz y vista) son continuas y aparentes. La diferencia está en si son positivas o negativas. Para quienes sostienen que el predio sirviente es aquel en que se construye la pared, la servidumbre de luces es *negativa,* le impone la *prohibición de hacer algo* que en otro evento le sería lícito. Para quienes opinan que predio sirviente es el que debe soportar la construcción de ventanas, la servidumbre de luces es *positiva,* le impone la *obligación de dejar hacer algo,* en este caso, construir las ventanas de luz. La servidumbre de vista es de carácter negativo, le impone la *prohibición de hacer algo;* construir las ventanas con vista al predio vecino.

---

[61] El art. 941 inc. 2º, contempla un caso de servidumbre recíproca.

En virtud de lo dispuesto en el art. 12 del Código Civil, estas restricciones son renunciables para los vecinos, pues están establecidas en su sólo beneficio.

5.4) Servidumbres voluntarias

Servidumbre voluntaria es la constituida por la voluntad de los sujetos, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Son por ello, *numerus apertus*, y pueden ser de todas las formas que los particulares puedan imaginar. Es por estas características, que la doctrina no considera que las servidumbres voluntarias sean verdaderas servidumbres, dado que no necesariamente en ellas habrá un predio sirviente y uno dominante. Pero más allá de las discusiones doctrinarias, para que estemos frente a una servidumbre, en el sentido estricto de la definición, debemos hallar claramente un predio sirviente, un predio dominante y un gravamen impuesto a uno de ellos, en favor del otro. No es relevante el título que los sujetos quieran dar a una cierta figura, sino sus características, *"las cosas son lo que son y no lo que se dice que son"*. Debemos tener en cuenta también, que cuando estudiamos las características de los derechos reales, vimos que son *numerus clausus*, y que son, en opinión de la mayoría de la doctrina, materias de orden público, en donde la libertad de los particulares está limitada. Así lo señala nuestra constitución, al decir que *"Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social"*.

También es criticable la denominación de servidumbres voluntarias, si dos de sus fuentes son la prescripción adquisitiva y la sentencia judicial. En el primer caso, no interviene la voluntad de los sujetos, al contrario, el propietario por nada del mundo, desea perder su derecho, sin obtener nada a cambio. Y en el segundo, tampoco interviene la voluntad de los propietarios, es una sentencia judicial la que crea la servidumbre. Si en el juicio los propietarios deciden, de común acuerdo, crear una servidumbre en favor de uno de ellos, habrá una transacción, o un avenimiento, pero será su voluntad la que originará el derecho y no la sentencia judicial.

Más allá de las críticas, no podemos desconocer la utilidad de esta figura, cuando en los hechos, no concurren todos los ele-

mentos para constituir una servidumbre como legal, pero que si puede originarse como voluntaria. Sin perjuicio de la interesante discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de estas figuras, nuestro Derecho Civil las reconoce y les otorga efectos, siempre que no afecten al orden público y no contravengan las leyes.

6) CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SERVIDUMBRE (SERVIDUMBRE VOLUNTARIA)

Son fuentes de las servidumbres voluntarias:

- El título;
- La destinación del padre de familia;
- La prescripción adquisitiva; y
- La sentencia judicial.

6.1) El título

La voz título está tomada en su sentido material, de fondo, como acto jurídico que justifica la adquisición de un derecho. Este acto generador de la servidumbre, puede ser un acto entre vivos, o por causa de muerte (testamento) y podrá ser a título oneroso o gratuito. A través del título pueden constituirse toda clase de servidumbres, a diferencia de la prescripción y la destinación del padre de familia, que sólo pueden constituir servidumbres continuas y aparentes.

En cuanto a las solemnidades de la constitución por título, no existe una norma especial que exija alguna formalidad para esta especie de constitución, pero como nuestra legislación civil, exige en forma sistemática, solemnidades para los actos jurídicos que recaen sobre inmuebles, por ejemplo: compraventa donación, etc., en la práctica, deberá hacerse revestido de alguna formalidad. Si se hace por compraventa, requerirá de escritura pública, art. 1801 inc. 2º; si fuere por donación, requerirá de escritura pública e inscripción, art. 1400; si fuere por testamento, será igualmente solemne, art. 999 del Código Civil.

El título constitutivo de la servidumbre puede suplirse por el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente, art. 883 inc. 2º del Código Civil. Este reconocimiento puede surgir de un documento suscrito por el dueño del predio sirviente o por una confesión judicial.

Recordemos que las **servidumbres voluntarias son las únicas** que pueden tradirse, pues las legales son constituidas por Ley, una vez que se cumplen ciertos supuestos de hecho, previstos por la norma, y las naturales son aquellas que surgen de la natural disposición de los predios, por lo que no son transferibles. La tradición del derecho de servidumbre se efectúa por escritura pública, en que el tradente expresa constituirlo y el adquirente aceptarlo. No se requiere la inscripción del acto constitutivo de la servidumbre, pero puede hacerse, art. 53 Nº 2 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. La escritura pública de tradición, puede ser la misma del acto o contrato.

6.2) La destinación del padre de familia

El *destino del padre de familia* es el acto por el cual una persona establece, entre dos heredades que le pertenecen (o entre partes de una misma heredad), un estado de hecho que constituiría una servidumbre si se tratara de predios que perteneciesen a dos propietarios distintos.[62] Si posteriormente estos predios pasan a distintos dueños, este servicio, que debe ser continuo y aparente, subsiste a menos que, en el acto por el cual se separa uno de los predios, no se establezca otra cosa, art. 881 del Código Civil.

Para que opere la destinación del padre de familia, es menester: 1º. Que los predios hayan pertenecido a un mismo sujeto. También se reconoce por la doctrina, que esta servidumbre puede constituirse aun en un mismo predio, cuando el propietario establece este servicio entre dos secciones o partes de una finca; 2º. Que este servicio sea establecido por el propietario. Si un sujeto adquiere dos predios entre los que existía una servidumbre, y no las cancela, y con posterioridad por cualquier causa, los predios vuelven a diferenciarse, se entiende que hay también una destinación, por el sólo hecho de mantener la servidumbre, art. 885 Nº 3 del Código Civil; 3º. Debe tratarse de un servicio continuo y aparente; 4º. Los predios que pertenecían a un mismo sujeto deben diferenciarse,[63] por cualquier causa; 5º. En el acto que origina la diferenciación, las partes nadan deben decir sobre el servicio.

[62] PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES, ob. cit., p. 545.
[63] Cambiar de propietario.

6.3) La prescripción adquisitiva

La regla general en nuestro derecho, es que todos los bienes pueden adquirirse por prescripción adquisitiva, salvo los expresamente exceptuados. En materia de servidumbre, el legislador sólo permite adquirir por usucapión, las servidumbres continuas y aparentes, art. 882 inc. 2º del Código Civil. El fundamento de esta limitación, es que sólo las servidumbres continuas y aparentes permiten una posesión pública, que permita ganar por usucapión.

El plazo de prescripción de las servidumbres, es de cinco años en cualquier caso, independiente de si el sujeto es poseedor regular o irregular, art. 882 inc. 2º del Código Civil.

6.4) La sentencia judicial

Señala el artículo 880 inc. 2º, que las servidumbres voluntarias pueden también adquirirse por sentencia judicial en los casos previstos en las leyes. La verdad es que las leyes no contemplan generalmente, la constitución de servidumbres por sentencia judicial, pero se cita frecuentemente como un caso éstas, la del 1335 regla 5ª, en que el partidor en la división de los fundos, establecerá las servidumbres necesarias para su cómoda administración y goce.

7) Efectos de las servidumbres voluntarias

La amplitud del derecho de servidumbre, estará determinada por la que fuente que la origine. Si se origina en un título, habrá que estarse a él, para determinar el contenido del derecho de servidumbre. Si se funda en la prescripción, la posesión del derecho delimitará la amplitud de la servidumbre.[64] Si la fuente de la servidumbre es la destinación del padre de familia, la forma y extensión del servicio establecido por el padre, nos permitirá colegir el carácter de la servidumbre.

Adquisición y pérdida por la prescripción, de un modo particular de ejercer la servidumbre: Se puede adquirir y perder por la prescripción un modo particular de ejercer la servidumbre, de la misma manera que podría adquirirse o perderse la servidumbre misma (art. 888).

---

[64] *Tantum praescriptum quantum possessum* (lat). Se prescribe tanto como se posee.

Se refiere a la aplicación práctica que los propietarios hayan dado a la servidumbre. Si los sujetos en la posesión del derecho, en su aplicación práctica, amplían el contenido de la servidumbre, sea de común acuerdo, o por sólo uno de ellos, sin la oposición del otro, el contenido del derecho se verá ampliado mas allá de lo establecido en el título. A *contrario sensus*, si en el ejercicio de la servidumbre, se restringe su contenido, el derecho consecuentemente disminuirá. Se pierde el modo de ejercer la servidumbre (en el caso anterior se restringía o ampliaba), de la misma forma que la servidumbre, y esta última se pierde por haberse dejado de gozar por tres años art. 885 Nº 3.

8) Extinción de las servidumbres voluntarias (art. 885)

i) Por la resolución del derecho del constituyente

Es aplicación del principio de que "quién sólo tiene sobre su bien un derecho resoluble, únicamente puede conferir a los terceros sobre el mismo bien, derechos resolubles como el suyo: *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis"*.[65] Si el dueño del predio sirviente, tenía su derecho sometido a una condición resolutoria, o se encontraba en la eventualidad de perderlo, por la nulidad del acto que lo originaba, y lo pierde, se extingue con ello la servidumbre. Es necesario que la condición que resuelve el derecho del constituyente, conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, art. 1491. Esta causal es improcedente en las servidumbres legales y naturales, en las que es indiferente el carácter del derecho del propietario del predio sirviente.

ii) Por la llegada del día o de la condición, si se ha establecido de uno de estos modos

Esta causal sólo es procedente en las servidumbres voluntarias, y se le aplican las reglas generales, vistas a propósito del usufructo.

iii) Por la confusión, o sea la reunión perfecta e irrevocable de ambos predios en manos de un mismo dueño

Requisitos de la confusión: a) La reunión de ambos predios en un mismo dueño. La confusión no se produce si uno de los

[65] Planiol, Marcel y Ripert, Georges, ob. cit., p. 517.

predios adquiere la copropiedad del otro, o si la sociedad conyugal adquiere una heredad que debe servidumbre a otra, de uno de los cónyuges. En este último evento, se produce la confusión, si al término del régimen de bienes, el predio adquirido por la sociedad conyugal, se adjudica al cónyuge propietario del predio dominante; b) La reunión de los predios debe ser total, si sólo se adquiere una parte, subsiste la servidumbre en la parte restante. La confusión debe ser irrevocable. La adquisición de ambos predios no debe estar sujeta a resolución, evicción, o nulidad que la revoque. Si con posterioridad, los predios vuelven a separarse la servidumbre no renace, salvo el caso de la eventual destinación del padre de familia que la reviva.

iv) Por la renuncia del dueño del predio dominante

Es una aplicación de la regla general, contemplada en el art. 12 del Código.

v) Por haberse dejado de gozar durante tres años

En las servidumbres discontinuas corre el tiempo desde que han dejado de gozarse; en las continuas, desde que se haya ejecutado un acto contrario a la servidumbre. Aquí se observa una aplicación del *desuso* como causal de extinción de los derechos reales.

La regla general es que los derechos reales no se extinguen por prescripción extintiva,[66] sino por la adquisitiva, es decir, cuando otro gana la cosa por usucapión. El origen de esta disposición está en que la servidumbre se establece en utilidad de otro predio de distinto dueño, y si este otro sujeto no ejercita su derecho, es porque no le presta utilidad, y con ello se derrumba el fundamento que permite cargar al predio sirviente, con este gravamen. Esta prescripción extintiva, se aplica sin distinción a todas las servidumbres, a diferencia de la prescripción adquisitiva, la que sólo cabe en las continuas y aparentes. El legislador distingue, para el cómputo de los plazos, entre las servidumbres continuas y discontinuas. Para las discontinuas el plazo comienza

[66] La prescripción extintiva es un modo de extinguir las obligaciones, aunque más que extinguir la obligación, pone fin a la acción judicial para exigir su cumplimiento forzado, pues la obligación persiste como natural, art. 1567 Nº 10, 1470 Nº 2 del Código Civil.

a correr, desde que han dejado de gozarse, por cualquier sujeto relacionado al predio dominante, no es necesario que lo haga el propietario. Para las continuas, el plazo se cuenta desde que se realiza cualquier acto contrario a la servidumbre. Se entienden actos de este tipo aquellos que impiden el normal ejercicio de la servidumbre. Este acto puede ser realizado por el propietario del predio sirviente, por un tercero, o puede provenir de la naturaleza. Si el acto contrario a la servidumbre proviene del dueño del predio dominante, estará renunciando tácitamente a la servidumbre, art. 885 Nº 4 del Código Civil. La prescripción se interrumpe por cualquier sujeto que ejerza el derecho por causa del predio dominante, no es preciso que la interrupción la provoque el propietario del predio dominante. Si el predio pertenece a varios, el acto de uno de ellos, interrumpe la prescripción respecto de todos. Ahora si contra uno de ellos, no puede correr la prescripción, ésta no corre respecto de ninguno, art. 886 del Código Civil. Lo mismo se aplica a las suspensiones, pues si alguno de los que posee proindiviso la servidumbre, puede alegar la suspensión de la prescripción, ésta los beneficia a todos, art. 2509 del Código Civil.

vi) Imposibilidad de ejercer la servidumbre por el estado en que se hallan las cosas

Si cesa la servidumbre por hallarse las cosas en tal estado que no sea posible usar de ellas, revivirá desde que deje de existir la imposibilidad con tal que esto suceda antes de haber transcurrido tres años (art. 887).

Debemos distinguir si la imposibilidad es absoluta o temporal. Si fuere absoluta y definitiva, la servidumbre se extinguirá. Si por ejemplo el predio sirviente, que cargaba con una servidumbre de acueducto, desaparece por una avulsión del rió, del que es riberano, la servidumbre de acueducto se extingue. Si el impedimento fuere sólo temporal, habrá que determinar su duración. Si fuere menor a tres años, habrá una interrupción del ejercicio de la servidumbre, y una vez superado el obstáculo, podrá nuevamente ejercitarse el derecho. La Ley señala que *revivirá* la servidumbre, pero ésta no ha *muerto*, sino que estuvo en suspenso. Ahora, si el embarazo o impedimento, dura más de tres años, la servidumbre se extingue irremediablemente.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

CAPÍTULO SÉPTIMO

GENERALIDADES EN TORNO A LA OBLIGACIÓN

I. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN[1]

Desde el punto de vista etimológico, el término obligación proviene del latín *ob-ligare* que significa atar, amarrar, cercar, sujetar a una persona.[2]

Jurídicamente hablando, dentro de la noción de **relación jurídico-obligacional**, encontramos la noción de *obligación*, la que está íntimamente vinculada a la de **crédito o derecho personal**. Según don Ramón Meza Barros,[3] *obligación*, es un vínculo jurídico entre dos personas determinadas, en cuya virtud una se encuentra para con la otra en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa. Luis Claro Solar,[4] la define como el vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a la otra el beneficio de un hecho jurídico o una abstención determinados y susceptibles generalmente de apreciación pecuniaria. Carbonier, señala que es la relación jurídica existente entre dos personas, en virtud de la cual una debe realizar en beneficio de otra una prestación.[5]

De acuerdo a lo ya estudiado, y conforme lo señalado precedentemente, la relación jurídico-obligacional tiene dos caras: el *acreedor* tiene un **derecho subjetivo (derecho personal)**, un derecho de ejercicio relativo que sólo puede reclamar del deudor; para el

---

[1] Véase en este punto FUEYO L., FERNANDO, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 11 a 43.

[2] DUMONT, FRANCOIS, *"Obligatio"* en Mélanges Philippe Mayland I, Lausana, Université de Lausanne, 1963, pp 78-79.

[3] MEZA B., RAMÓN, *De las obligaciones en General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974, p. 13.

[4] Citado por MEZA, ibid.

[5] SÁNCHEZ-CORDERO D., JORGE A., *Introducción al Derecho mexicano. Derecho Civil*, UNAM, México, 1981, p. 77.

deudor se trata de un deber jurídico concreto, que se traduce en la necesidad jurídica de cumplir su **obligación** para con el sujeto activo (acreedor), la que recae en una *prestación*, vale decir, en dar, hacer o no hacer alguna cosa o un hecho.

La obligación es un **vínculo jurídico concreto** (distinto del deber que es *abstracto*, v. gr., deberes de los padres, deberes entre cónyuges, deber general de cuidado, etc.),[6] que une a dos sujetos (acreedor-deudor), en virtud del cual uno (deudor) se encuentra en la necesidad de cumplir una prestación a favor del otro (acreedor), quien tiene todas las herramientas (acciones, derechos) que el ordenamiento jurídico le franquea para hacerla cumplir, incluso coactivamente.

Como ya se ha dicho, la noción de **derecho personal o crédito**, va íntimamente ligada a la noción de **obligación**. Como señala René Abeliuk M.,[7] obligación y derecho personal, constituyen *dos caras de la misma moneda*. Desde el punto de vista del acreedor (sujeto activo), éste tiene un **crédito o derecho personal**; el deudor (sujeto pasivo) tiene una **obligación** para con su acreedor. Cabe aquí entonces, recordar los conceptos (y el paralelo entre) **derecho personal (o crédito)** y **derecho real**.

El **artículo 577** define derecho real, y expresa: *"derecho* ***real*** *es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales"*. A esta enumeración, cabría agregar el derecho real de *censo* (art. 579), la *concesión minera* (art. 2º Código de Minería), y el *derecho de aprovechamiento de las aguas* (art. 6º Código de Aguas).

El **artículo 578**[8] define derecho personal: *"derechos* ***personales o créditos*** *son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que,*

---

6 Según Sánchez-Cordero (ob. cit.), la obligación es una situación bipolar, donde la terminal activa es el acreedor y la pasiva es el deudor. En virtud de este vínculo el deudor está obligado a realizar una prestación a favor de su acreedor, y el acreedor puede exigirle coactivamente el cumplimiento de esa prestación. Agrega que, en este orden de ideas, la *doctrina alemana* ha distinguido dos elementos básicos en la obligación: el **deber** o *schuld* y la **responsabilidad** o *haftung*, esta tesis conduce a una concepción dualista de la obligación. Véase también FUEYO, ob. cit., pp. 33 y ss.

7 ABELIUK M., RENÉ, *Las obligaciones*, Editorial Ediar Conosur Ltda., 1985, p. 49.

8 El artículo 578 tiene una doble importancia. Define legalmente derecho personal, y entrega además una clasificación *dual* o doble de las fuentes de las obligaciones.

por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".

Según lo expuesto, se ha sostenido que la diferencia fundamental entre ambos derechos consiste, en que a propósito del derecho personal existe una *relación entre personas*, en cambio, en el real, existe un *señorío de una persona, pero sobre una cosa.*[9] Sin embargo, contemporáneamente, se habla que en la relación crediticia (derechos personales), más que existir una relación entre sujetos, existe una relación entre patrimonios. Además, la relación jurídica en torno a los derechos reales (relación jurídico-real), se traduciría en que los sujetos pasivos de ésta, serían todas las demás personas, las que están obligadas a respetar el derecho real de su titular, es por ello que los derechos reales, serían *derechos de ejercicio absoluto,* vale decir, son oponibles *erga omnes;* por esta razón, el titular de un derecho real tiene la facultad de *perseguir la cosa* sobre la cual recae su derecho, *en manos de quien la tenga.* Los derechos personales –como señala la propia definición legal– sólo pueden reclamarse de *ciertas personas* (derecho de ejercicio relativo) que han contraído la respectiva obligación.

Como ya sabemos, el paralelo entre derechos reales y personales, se basa en los siguientes criterios: en cuanto al objeto; en cuanto a la relación jurídica, los sujetos y su ejercicio; en cuanto a las acciones que generan; en cuanto a sus ventajas; en cuanto a su adquisición; en cuanto a su extinción; y en cuanto a su numeración y taxatividad. Esta temática, fue tratada en el curso de *Derecho de los bienes.*

II. ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

Son elementos de la obligación:

1) *Los sujetos*: **acreedor** (sujeto activo) y **deudor** (sujeto pasivo) quienes necesariamente interpretan "roles" diferentes en la relación jurídica (uno tiene un crédito, el otro una obligación);

[9] ABELIUK M., René, ob. cit., p. 48.

2) *El objeto*: el objeto en la obligación recae sobre la **prestación**, la que a su vez consiste en un **dar**, **hacer** o **no hacer** alguna cosa o un hecho;[10]

3) *El vínculo jurídico*: constituye una característica típica del Derecho en general. El acreedor frente al incumplimiento del deudor, tiene todas las herramientas (acciones, derechos) que el ordenamiento jurídico le franquea para hacerla cumplir, incluso **coactivamente**.

III. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

El estudio en detalle de las fuentes de las obligaciones, corresponde al curso de Derecho Civil III. Aquí sólo nos remitiremos a enunciarlas y a dar sus conceptos.

Las fuentes de las obligaciones son *aquellos hechos o actos jurídicos que las generan, vale decir, son la causa que originan las obligaciones*. Las fuentes de las obligaciones, no producen *jamás* derechos reales, a lo menos en forma directa e inmediata.

En el Código Civil, encontramos tres clasificaciones de fuentes de las obligaciones:

A) Artículo 1437 del Código Civil, clasificación quíntuple: *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad"*.

Las fuentes entonces serían: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos civiles, y la ley.

B) Artículo 578, clasificación doble: *"Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que,*

---

[10] Recuérdese aquí la cadena del **objeto**, estudiada a propósito de los *actos jurídicos*, principalmente en torno a los *contratos*: Objeto de la voluntad, el **contrato**; objeto del contrato, crear **obligaciones**; objeto de la obligación, la **prestación**; el objeto de la prestación, recae sobre un **hecho** o una **cosa** que se tiene que **dar**, **hacer** o **no hacer**.

por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".

Este artículo, distingue entre aquellas fuentes de obligaciones que consisten en un **hecho del obligado** y aquellas obligaciones que se originan por la propia disposición de **la ley**, poniendo de relieve la importancia de la ley como fuente de las obligaciones.

C) Artículo 2284, clasificación triple: *"Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella"* (inc. 1º). En este artículo, son fuentes: la convención, la ley y el hecho voluntario de una de las partes.

En resumen, son fuentes de las obligaciones las siguientes:

a) El **contrato**: acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas (art. 1.438). Acto jurídico bilateral (convención), que crea obligaciones;[11]

b) El **cuasicontrato**: hecho de una persona, permitido por la ley, que le obliga para con otra u obliga a otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna;[12]

c) El **delito** y el **cuasidelito civil**: hecho ilícito doloso (delito) o culpable (cuasidelito) que genera la obligación de indemnizar el daño causado a la víctima; y

d) La **ley**: una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite (art. 1º).

[11] Conforme lo estudiado en cursos precedentes, acto jurídico bilateral es sinónimo de convención, y una especie de convención es el contrato.

[12] POTHIER, ROBERTO JOSÉ, *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 71.

IV. OBLIGACIÓN Y RESPONSABILIDAD[13]

El profesor mexicano, don Rolando Tamayo y Salmorán, señala que uno de los conceptos técnicamente más logrados de la jurisprudencia romana clásica es el concepto de obligación, y se pregunta: ¿no será acaso porque representa uno de los rasgos más característicos del Derecho? Las *Instituciones* de Justiniano rezan: *"obligatio est iuris vinculum, quo necesitate adstringimur alicuius solvende rei secundum nostra civitatis iura"*. Para los romanos la *obligatio* es un vínculo, un estado de sometimiento o sujeción de una persona hacia otra u otros. De ahí que *obligare* signifique, desde el punto de vista etimológico, cercar, sujetar a una persona. Esta noción de vínculo podría ser resultado de precedentes religiosos que apuntarían a procedimientos de origen misterioso, pero eficaces, destinados a someter o a sujetar a los hombres (ante la amenaza de la venganza divina) a otros hombres. Si el deudor (*ex delito o ex contractu*) paga, es porque se encuentra bajo amenaza de una *poena* y de su ejecución forzada. De las dos penas (la muerte y la venta), la muerte es la primera y la esclavitud su sustituto histórico.[14]

Por su parte, el concepto de responsabilidad,[15] vinculado a hecho ilícito y obligación, ha sido objeto de muchas controversias entre juristas. Prácticamente todos los teóricos del Derecho coinciden en señalar que el concepto de la *responsabilidad* constituye un concepto jurídico fundamental. Sin embargo, la noción no es exclusiva del discurso jurídico, como sabemos, también lo es del discurso moral, religioso, político y cotidiano. La voz responsabilidad proviene de *respondere* que significa, *inter alia: prometer, merecer, pagar*. Así, *responsalis* significa: *el que responde*. En un sentido más restringido *responsum* (responsable) significa: *el obligado a responder de algo o de alguien. Respondere* se encuentra estrechamente relacionada con *spondere*, la expresión solemne en

[13] TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO, *El Derecho y la ciencia del Derecho (introducción a la Ciencia jurídica)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1986, pp. 31 y ss.

[14] Según Rolando Tamayo y Salmorán, esta marcada relación entre órdenes respaldadas por amenazas y el uso de la palabra "derecho" ha sido tan clara y persistente que llevó a Jeremías Bentham y a Jhon Austin –fundadores de la jurisprudencia analítica– a caracterizar el derecho como un conjunto de mandatos.

[15] Ibid., pp. 33 y ss.

la forma de la *stipulatio*, por la cual alguien asumía en Roma una obligación,[16] así como con *sponsio*, palabra que designa la forma más antigua de obligación.

Actualmente, no podemos perder de vista la **polisemia y equivocidad** ínfitas en la **noción de responsabilidad**. En el lenguaje coloquial, responsable es el que tiene *algo que decir*, y es el mismo a quien me dirijo para increparlo cuando no acontece lo esperado. Siempre, andamos "en busca del o los responsables".

Citando el ejemplo del *capitán de barco* de **Herbert Hart**,[17] se distinguirían cuatro tipos de responsabilidad: i) Como deberes de un cargo (deber en abstracto, cierta discrecionalidad, capitán, padre, etc.); ii) Como causa de un acontecimiento (tormentas, sequías); iii) Como merecimiento, reacción, respuesta. Responsabilidad en este sentido, significa *verse expuesto a…*; merecer, responder de…; pagar por…; y iv) Como capacidad mental.

El tercer significado recoge la dogmática jurídica: *un individuo es responsable cuando, de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado.*[18] En este sentido la responsabilidad ***presupone un deber*** (del cual debe responder el individuo); sin embargo, **no debe confundirse con él**. La responsabilidad es, en este sentido, una **obligación de segundo grado** (aparece cuando la primera no se cumple, esto es, cuando se comete un hecho ilícito). Uno tiene el deber general de no dañar, es responsable del daño (y está obligado) el que tiene que pagar por él.[19]

En general, existen diversos tipos de *responsabilidad en Derecho*; la política, la penal, la administrativa, la infraccional y la civil.

---

[16] Gayo, Inst., 3, 92, citado por TAMAYO y SALMORÁN, ob. cit.

[17] "Como capitán de barco, X era *responsable* de la seguridad de sus pasajeros y de su tripulación. Sin embargo, en su último viaje X se embriagó todas las noches y fue *responsable* de la pérdida del barco con todo lo que se encontraba a bordo. Se rumoraba que X estaba loco; sin embargo, los médicos consideraron que era *responsable* de sus actos. Durante todo el viaje se comportó muy *irresponsablemente* y varios incidentes en su carrera mostraban que no era una persona *responsable.* X siempre sostuvo que las excepcionales tormentas de invierno fueron las *responsables* de la pérdida del barco, pero en el proceso judicial instruido en su contra fue encontrado penalmente *responsable* de su conducta negligente y en un juicio civil fue considerado jurídicamente *responsable* de la pérdida de vidas y bienes. El capitán aún vive y es moralmente *responsable* por la muerte de muchas mujeres y niños". HART, HERBERT, *Punishment and responsability*, Oxford University Press, Oxford, 1973, p. 211.

[18] KELSEN, *Teoría Pura*, UNAM, 1983, pp. 133-135.

[19] PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN, *La responsabilidad jurídica*, en conceptos dogmáticos y teoría del derecho, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979.

La responsabilidad política, se estudia en Derecho Político y Constitucional, y está asociada a la acusación constitucional y el juicio político. En general, están sujetos a responsabilidad administrativa, los funcionarios públicos, y ésta es determinada a través de un procedimiento (sumario administrativo o investigación sumaria) conforme lo dispone la Ley (Estatuto Administrativo). Tiene responsabilidad penal, aquel que ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable penado por la Ley (delito penal), y si es de acción penal pública, es investigado y perseguido por el Ministerio Público, y en su caso, sancionado por los tribunales de justicia (juez de garantía, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal). Tiene responsabilidad infraccional, aquel que ha cometido una falta, la que generalmente se castiga con multas a beneficio fiscal.

Todas estas tipologías de "responsabilidad", no nos corresponde abordar; empero, antes de continuar, debemos aclarar que un mismo *hecho jurídico*, puede eventualmente generar simultáneamente *todos* los tipos de responsabilidad señalados; mas, existen casos, en donde sólo se genera alguna(s) de ella(s), o bien, sólo se "persigue" un determinado tipo de responsabilidad. Por ejemplo, si un Ministro de Estado da muerte a un funcionario de su dependencia, en sus oficinas, tal hecho sin lugar a dudas generará responsabilidad *política*, *administrativa*, *civil* (tendrá que indemnizar a los familiares de la víctima) y evidentemente *penal* por el crimen cometido. Si un sujeto conduce su vehículo en estado de ebriedad, sin causar daños (a las cosas), ni lesiones (a las personas), tal conducta generará sólo responsabilidad penal (si es detenido y puesto a disposición del fiscal adjunto de turno), mas no civil. En definitiva, si concurren todas o algunas de las tipologías de responsabilidad, es una temática casuística, vale decir, dependerá de cada caso.

Con todo, ¿qué entendemos por responsabilidad civil? La respuesta, depende del *cristal* con que enfoquemos. En términos muy generales, engloba en sí las nociones de *responsabilidad contractual y extracontractual*, y se traduce en la *necesidad de satisfacer una pretensión que tiene apreciación pecuniaria*, la que, dependiendo de su fuente, puede ser de tipo *contractual* o *extracontractual*. Desde la perspectiva del deudor, tiene éste *responsabilidad civil* cuando se ve expuesto a una sanción, por el incumplimiento de una obligación.

Fernando Fueyo Laneri,[20] señala que en nuestro Código Civil el principio de *responsabilidad patrimonial universal del deudor* (mal llamado derecho de prenda general), está consagrado en el artículo 2465, norma que debe relacionarse con la del artículo 2469. Tales disposiciones expresan:

> **Art. 2465:** *"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de* ***perseguir su ejecución sobre todos los bienes*** *raíces o muebles del deudor, sean* ***presentes o futuros****, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618".*

> **Art. 2469:** *"Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, inclusos los intereses y los costos de la cobranza,* ***para que con el producto se les satisfaga íntegramente*** *si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos (…)".*

Desde el prisma académico, por **responsabilidad civil contractual**, entenderemos el conjunto de principios y normas que gobiernan la relación jurídico-obligacional emanada de un **contrato**, sus efectos (en el cumplimiento e incumplimiento) y las respectivas sanciones civiles asociadas al mismo. Por **responsabilidad civil extracontractual**, entenderemos el conjunto de principios y normas que gobiernan la relación jurídico-obligacional, derivada de un **hecho ilícito** que causa daño a otro, y que no tiene por fuente al contrato.

La responsabilidad civil, sin lugar a dudas, constituye el nudo gordiano del Derecho Civil patrimonial, e impregna todos los años de estudio de la disciplina. En el presente curso, sólo estudiaremos las generalidades de las obligaciones (sus clasificaciones, sus efectos, y su extinción), siempre más enfocados desde la perspectiva *contractual.* En el curso de *fuentes de las obligaciones,* se analiza al contrato en sus aspectos generales (teoría general del contrato), también sus varias clases (compraventa, mandato, etc.), y también allí, se estudia la temática de la *responsabilidad civil extracontractual* (delitos y cuasidelitos civiles, contemporáneamente denominado *Derecho de daños*).[21]

---

[20] FUEYO, ob. cit., p. 39.

[21] Además, en el curso de "fuentes" se estudiará la llamada responsabilidad civil **precontractual** o culpa *in contrahendo,* y la responsabilidad derivada del **cuasicontrato**.

La voz *responsabilidad civil*, también se ha enfocado desde la perspectiva de los *grados* o *niveles* de responsabilidad (*culpa lata, leve y levísima*), cuestión que estudiaremos más adelante en este curso, a propósito de las relaciones entre los artículos **1547** y **44** de nuestro Código Civil.

CAPÍTULO OCTAVO

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

En esta parte del curso, nos corresponde estudiar, en términos generales, las clasificaciones más relevantes de las obligaciones,[1] ellas son:

i) En cuanto a su *fuente*: contractuales, cuasicontractuales, extracontractuales (delito-cuasidelito civil) y legales;
ii) En cuanto a los *derechos que confiere el crédito*: civiles y naturales;
iii) En cuanto a la *naturaleza de la prestación*: dar, hacer, no hacer;
iv) En cuanto al *objeto de la prestación*: de cuerpo cierto y de género;
v) En cuanto al *número de cosas debidas*: simples y complejas, múltiples o compuestas: acumulativas, alternativas y facultativas;
vi) En cuanto al *número de sujetos*: simples o de sujeto único, mancomunadas, subsidiarias o "a falta de", y solidarias;
vii) En cuanto a la *divisibilidad del objeto*: divisibles e indivisibles; y
viii) En cuanto a la *forma cómo producen sus efectos*: puras y simples, y sujetas a modalidad (plazo, modo, condición).

En los números que siguen, analizaremos brevemente cada una de ellas.

---

[1] Esto significa que existen tantas clasificaciones, cuantos autores del Derecho Civil se han dedicado a la temática. Véase aquí v. gr., el trabajo del profesor don DANIEL PEÑAILILLO, *Obligaciones. Teoría General y clasificaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

I. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO A SU FUENTE

Ya estudiamos las tipologías de fuentes de las obligaciones, y dijimos que las obligaciones nacían de los **contratos**, de los **cuasicontratos**, de los **delitos** y **cuasidelitos** civiles, y de la **ley**. Así entonces, dependiendo de su fuente, las obligaciones de clasifican en contractuales, cuasicontractuales, delictuales y cuasidelictuales, y legales. Por ejemplo: las obligaciones derivadas de la compraventa son *contractuales*; las derivadas de la agencia oficiosa son *cuasicontractuales*; la derivada de un homicidio, es *delictual*, la derivada de un accidente de tránsito, es *cuasidelictual*; y la obligación de pagar una pensión alimenticia o de pagar impuestos, es *legal*.

Como ya hemos expresado, de esta clasificación, surge la noción de *responsabilidad contractual*, por una parte, y *extracontractual*, por la otra. Bajo la denominación responsabilidad extracontractual, se ha designado tradicionalmente a aquella que nace por la comisión de delitos y cuasidelitos civiles.[2] Parte de la doctrina señala que esta noción,[3] abarcaría todas aquellas obligaciones que no fueren estrictamente contractuales, englobando aquí: los delitos y cuasidelitos civiles, los cuasicontratos, las obligaciones legales propiamente dichas, e incluso la responsabilidad precontractual.[4]

II. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO A LOS DERECHOS QUE CONFIERE EL CRÉDITO

En la relación jurídico-obligacional, el acreedor tiene un derecho personal o un crédito. *Grosso modo*, éste crédito brinda a su vez al acreedor, dos sub-derechos básicos:

i) Exigir compulsivamente el cumplimiento; y además,
ii) Retener lo dado o pagado, a propósito de la respectiva obligación.

[2] También –tal vez por atavismo– se le sigue llamando responsabilidad **Aquiliana**, por una reminiscencia del Derecho de los Quirites.

[3] Basándose en su nombre: responsabilidad **extra**contractual (fuera del contrato).

[4] En adelante, se utilizará la voz "*responsabilidad extracontractual*" sólo como comprensiva de la obligación de indemnizar el daño derivado de la comisión de hechos ilícitos: delitos y cuasidelitos civiles.

Pues bien, de aquellos dos derechos (o sub-derechos) del crédito, el que jamás puede faltar es el segundo; ello porque, hay ciertas clases de créditos (y su correlativa obligación) que no incluyen la facultad de exigir compulsivamente el cumplimiento.

Aquellas relaciones jurídico-obligacionales que sólo generan el derecho a retener lo pagado, se llaman obligaciones *imperfectas o naturales*; en cambio, aquellas en donde se comprenden ambas facultades del crédito, esto es, la de exigir el cumplimiento forzado y la de retener lo pagado se llaman obligaciones *perfectas o civiles*.

A continuación entonces, trataremos brevemente ambos tipos de obligaciones.

1) Obligaciones civiles

Son civiles, aquellas obligaciones que nacen de **vínculos jurídicos perfectos**, en donde el acreedor tiene **acción** para *exigir* el cumplimiento forzado, y, luego del pago, tiene **excepción** para *retener* lo pagado, en el evento que el deudor quisiere repetir[5] contra él. El inciso segundo del artículo 1470 del Código Civil, señala que *obligaciones civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento*. No señaló expresamente que en virtud de ellas se pueda retener. Aquí, aplicamos el aforismo *a fortiori*: quien puede lo más (exigir-acción), puede lo menos (retener-excepción). Las obligaciones civiles o perfectas, constituyen la regla general.

2) Obligaciones naturales

2.1) Concepto y generalidades

Son naturales conforme el artículo 1470 inciso tercero, *aquellas obligaciones que no confieren derecho para exigir su cumplimiento* (carecen de **acción**), *pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas* (sólo confieren **excepción**); por lo anterior, se les denomina también *imperfectas*.

El pago en este tipo de obligaciones, está justificado, tiene causa, no resulta ser un pago indebido: *no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural de las enumeradas en el artículo 1470* (art. 2296).

[5] Pedir devolución o reembolso.

Art. 1470: *"Las obligaciones son civiles o meramente naturales.*

Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Tales son:

1) *Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;*
2) *Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;*
3) *Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida;*
4) *Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.*

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes".

2.2) Fundamento de las obligaciones naturales

El fundamento de las obligaciones naturales, sería de orden moral o ético. En este sentido, el que (impulsado por su probidad y celo) cumple con una obligación prescrita, nula o desechada por falta de prueba en juicio, pagó bien, no pagó indebidamente, por ello no le es lícito repetir. Ahora, para que exista una obligación natural, se requiere texto expreso de la Ley: *no hay obligación natural, sin texto expreso legal.*[6]

2.3) Taxatividad del artículo 1470

Al conceptualizar las obligaciones civiles y naturales, el artículo 1.470 a continuación expresa: *"tales son: ..."*, y comienza a dar un listado de "cuatro casos" de obligaciones naturales. En este entendido: ¿es taxativa dicha enumeración?

---

[6] *"El solo efecto de nuestras obligaciones puramente naturales, es que cuando el deudor ha pagado voluntariamente, el pago es válido, y no está sujeto a repetición, por lo mismo que había un justo motivo para pagar, a saber:* ***la carga de la conciencia*** *(...)"* POTHIER, ob. cit., p. 115.

Para algunos autores, se trataría de una enumeración taxativa; para otros, sólo se trataría de una enumeración por vía ejemplar, y habría obligación natural cada vez que se produzcan los efectos propios de éstas,[7] vale decir, que **no autorice a exigir lo pagado (carezca de acción)**, pero que sí confiera la facultad de **retener lo pagado (confiera excepción)**.

En este sentido, por lo menos, existen dos casos[8] bastante claros de obligaciones naturales no señaladas expresamente en el artículo 1470, por ejemplo:

i) *Caso del juego y apuesta de destreza intelectual:* El juego y la apuesta de destreza intelectual no producen acción, sino solamente excepción. El que gana no puede exigir el pago. Pero si el que pierde, paga, no puede repetir lo pagado, a menos que se haya ganado con dolo (art. 2260);[9] y

ii) *Caso de los esponsales:* Los esponsales o desposorio, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil. No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios (**carece de acción**, conforme el artículo 98). Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido. Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución (**confiere excepción**, conforme el artículo 99).

2.4) Agrupación de los casos del artículo 1470

Para efectos didácticos, se han agrupado los casos del artículo 1.470 de la siguiente manera:

i) *Obligaciones que proceden de obligaciones civiles defectuosas:* números 1º y 3º; y

---

[7] *Por sus frutos las conoceréis…*

[8] Véanse como otros ejemplos, los señalados en: RAMOS P., RENÉ, *De las obligaciones*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 31 y 32.

[9] Recuérdese que las obligaciones derivadas del juego y la apuesta de destreza **física**, son obligaciones perfectas o civiles, toda vez que producen acción y excepción (art. 2263). Los juegos de azar, constituían objeto ilícito.

ii) *Obligaciones que nacieron civiles, pero que se degeneraron:* números 2º y 4º.

A) Obligaciones contraídas por relativamente incapaces (art. 1470 Nº 1)

Son obligaciones naturales, las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos. Se enfatiza que se trata de obligaciones contraídas por **relativamente incapaces**, puesto que las contraídas por absolutamente incapaces, según el artículo 1447 *"no producen ni aun obligaciones naturales"*.

B) Obligaciones naturales que provienen de actos desprovistos de solemnidades (art. 1470 Nº 3)

Son obligaciones naturales, las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida.

Se ha discutido el alcance de la voz *"actos"*. Algunos autores,[10] sostienen que se emplea tanto para los actos uni o bilaterales. La mayoría de la doctrina,[11] expresa que la voz *actos*, tiene un alcance restringido a los actos **unilaterales**, ello por las siguientes razones: en el Código, la voz actos se emplea para referirse a los unilaterales; el ejemplo dado en la misma norma, confirma la afirmación; y, porque sería absurdo aplicarla a las convenciones, dado que (por ejemplo) impediría la acción de repetición para recobrar el dinero pagado por una compraventa de inmueble que no conste en escritura pública.[12]

C) Obligaciones prescritas (art. 1470 Nº 2)

Son obligaciones naturales, las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción. En este caso, la obligación nació perfecta, pero una circunstancia externa (como es el tiempo) la degeneró en natural. El deudor de una deuda prescrita posee a su favor, la excepción de prescripción contra el acreedor, pero si renuncia

---

[10] MEZA BARROS, CLARO SOLAR, VODANOVIC, entre otros.
[11] ABELIUK, ALESSANDRI, FUEYO, RAMOS, y parte de la jusrisprudencia.
[12] RAMOS, ob. cit., pp. 35 a 37.

a dicha excepción y paga la deuda, paga bien, cumple con una obligación natural.

Aquí es menester aclarar que la *prescripción extintiva* **no extingue la obligación**, toda vez que subsiste como natural, **lo que se extingue es la acción**, el derecho para exigir compulsivamente el pago.[13]

D) Obligaciones no reconocidas en juicio por falta de prueba (art. 1470 Nº 4)

Son obligaciones naturales, las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba. Se trata de obligaciones civiles, pero demandado el deudor, el acreedor no logró acreditar su existencia: le faltó prueba.

2.5) Efectos de las obligaciones naturales

Autorizan para retener lo pagado. Éste, es el principal efecto de las obligaciones imperfectas o naturales. La obligación natural sirve de causa eficaz para el pago, se trata entonces de un pago debido, no de uno indebido; por ello confiere excepción, para retener lo pagado.

Para retener, es menester que se cumpla con el requisito establecido en el inciso final del artículo 1470, vale decir, *es necesario que el pago se haya hecho **voluntariamente** por el que tenía la **libre administración de sus bienes**.*

Pueden ser novadas y caucionadas. Para que sea válida la novación es necesario que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean válidos, a lo menos naturalmente (art. 1630). Las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales constituidas por terceros para seguridad de estas obligaciones, valdrán (art. 1472).

No procede compensación. Uno de los requisitos de la compensación (art. 1656 Nº 3), es que se trate de deudas **actualmente exigibles**, y las obligaciones naturales no son exigibles.

La sentencia que absuelve al obligado naturalmente, no extingue la obligación. La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural (art. 1471).

---

[13] Volveremos sobre este punto, al tratar la **prescripción liberatoria**.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO A LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN

En relación al tipo de prestación, las obligaciones se clasifican en obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Lo anterior se desprende de los artículos 1438 y 1460: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra *a dar, hacer o no hacer alguna cosa* (...) Toda declaración de voluntad debe tener por objeto *una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer*. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

En las obligaciones de dar, los derechos y acciones se reputarán muebles o inmuebles dependiendo de la cosa debida (art. 580). Las obligaciones de hacer y no hacer, siempre se reputan muebles (art. 581).

1) OBLIGACIONES CON PRESTACIONES DE DAR

Doctrinariamente las obligaciones, cuyas prestaciones consisten en **dar**, son aquellas que tienen por objeto transferir el dominio o constituir un derecho real sobre la cosa a favor de un sujeto distinto del dueño. Estas obligaciones se cumplen mediante la **tradición dominical** (art. 670). Éstas, se diferencian de las obligaciones cuyas prestaciones consisten en una **mera entrega**; técnicamente no serían obligaciones de dar sino de hacer. Obligación de entregar, es aquella que tiene por objeto un **simple traspaso material** de la cosa, no existiendo transferencia del dominio.

En nuestra legislación, la obligación de dar engloba ambas, vale decir, tiene por objeto transferir el dominio de la cosa, constituir un derecho real sobre la misma, o traspasar su mera tenencia.

La obligación de **dar** contiene la de **entregar** la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de **conservarlo hasta la entrega**, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir (art. 1548: dar: entregar y eventualmente conservar).

2) OBLIGACIONES CON PRESTACIONES DE HACER

La obligación que consiste en una prestación de **hacer**, es aquella que tiene por objeto la ejecución de un hecho lícito cualquiera

(que no sea entregar una cosa). Se distinguen obligaciones de hacer fungibles y no fungibles. Las primeras serían aquellas en que da lo mismo quién ejecute el hecho debido (el propio deudor u otro); las segundas, dependerían de una cualidad personal especial del deudor.

3) Obligaciones con prestaciones de no hacer

La obligación que consiste en una prestación de **no hacer**, es aquella que se traduce en una abstención, que de no existir la obligación, puede hacerse. Son también llamadas obligaciones negativas.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO AL OBJETO SOBRE QUE RECAE LA PRESTACIÓN

De acuerdo al objeto (cosa) sobre que recae la prestación, las obligaciones se clasifican en obligaciones específicas o de especie o cuerpo cierto, y en obligaciones de género o genéricas.

1) Obligaciones de especie o cuerpo cierto

Son obligaciones específicas, o de especie o cuerpo cierto, aquellas en que la cosa debida es única, vale decir, no admiten reemplazo por otra. De lo anterior se desprenden las siguientes consecuencias:

- i) La obligación de dar y entregar una **especie o cuerpo cierto**, lleva envuelta para el deudor, la obligación de **conservar** la cosa hasta la época del cumplimiento (art. 1548) **dar**, **entregar** y **conservar**;
- ii) Debe pagarse la cosa debida y no otra. Esta característica impone en el cumplimiento de la obligación una **indivisibilidad de pago**, puesto que la entrega debe efectuarla (en caso que existan varios deudores), quien detente o posea la especie o cuerpo cierto; y
- iii) Como se trata de cosas que pueden perecer, existe la posibilidad que la cosa **se destruya antes de la entrega**. En este punto, es menester distinguir las siguientes situaciones:

pérdida culpable: el deudor responde de los perjuicios, y si es bilateral el contrato, se cae en el evento de la condición resolutoria tácita (art. 1489); y **pérdida fortuita:** si la pérdida es debida a caso fortuito o fuerza mayor, la obligación del deudor se extingue. La pérdida puede ser **total** o **parcial**.

2) Obligaciones de género

Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado (1508). No basta que se determine la clase o género de la cosa debida, es además necesario que la **cantidad** sea determinada o al menos determinable, conforme lo dispone el artículo 1461.

En la obligación de género, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una **calidad a lo menos mediana** (1509). **Generum non perit:** La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe (1510).

2.1) Efectos de las obligaciones genéricas o de género

Como estas obligaciones son generalmente de dar o entregar cosas fungibles (o consumibles), puede darse cualquier especie del género, siempre que sea de una calidad a lo menos mediana si no se ha determinado esta calidad. De ahí que los efectos de este tipo de obligaciones sean tan distintos, a los efectos de las de especie o cuerpo cierto. Por lo anterior, en las obligaciones de género:

i) No existe para el deudor obligación de conservación, toda vez que el género no perece;

ii) El deudor puede entregar cualquier individuo del género, de una calidad a lo menos mediana, a menos que se haya determinado tal calidad;

iii) No existe pérdida de la cosa debida, por lo tanto no se extingue la obligación frente a este evento.

No obstante lo anterior, existen obligaciones que, sin dejar de ser genéricas, se acercan a las específicas y son aquellas de un género muy precisado y determinado. Dependiendo del caso, tales obligaciones se transforman en obligaciones de especie o cuerpo cierto.

2.3) Obligaciones de dinero

Las obligaciones de dinero (las más ordinarias y comunes), son un tipo de obligación genérica, ya que el dinero se trata de una cosa fungible por excelencia, habida cuenta a su poder liberatorio. René Ramos Pazos, define el dinero como aquella cosa mueble, fungible y divisible –metal o papel– que el comercio utiliza como medio de pago y que constituye la forma de determinar el valor de los demás bienes.[14]

Caracteriza a las obligaciones dinerarias lo siguiente:[15]

i) Siempre podrá obtenerse su pago en la forma estipulada o debida. Ello, porque si el deudor incumple, se le embargan y posteriormente se rematan bienes suficientes de él, y con el producto de dicho remate se hace pago (en dinero) el acreedor;

ii) Generalmente las obligaciones dinerarias, van asociadas a los **intereses**, frutos civiles o lucro producido por el capital, que se definen como toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado; y al **reajuste**, ajuste en el valor de un instrumento financiero para mantenerlo sin cambios reales respecto a una variable, por ej. el I.P.C., en definitiva, se utiliza para que el dinero no pierda su valor;[16]

iii) Frente al incumplimiento en general de cualquier obligación, la obligación de indemnización se traduce en el pago de una suma de dinero.

[14] Ibid., p. 50.

[15] En el estudio del contrato de **mutuo** o préstamo de consumo, se estudian las normas de la Ley Nº **18.010**, sobre **Operaciones de crédito de dinero**.

[16] Véase en este punto como bibliografía obligatoria el documento sobre intereses y reajustes, capítulo 7-1, de la Recopilación de Normas sobre Bancos y Financieras de la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, disponible en la web www.sbif.cl

V. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO AL NÚMERO DE COSAS DEBIDAS

En cuanto al número de cosas debidas, las obligaciones se clasifican en simples y complejas o compuestas: acumulativas, alternativas y facultativas.

1) Obligaciones de objeto simple

Son obligaciones de objeto simple, aquellas en donde existe un solo objeto debido, y con éste cumple el deudor su obligación. Ej. debo $ 100.000; o, debo 20 cajones de manzana, o un libro, etc.

2) Obligaciones de objeto múltiple, complejo o compuesto

En esta tipología de obligaciones, existen varios objetos debidos, éstas se subclasifican en tres subtipos:

a) Obligaciones acumulativas;
b) Obligaciones alternativas o disyuntivas; y
c) Obligaciones facultativas.

2.1) Obligaciones acumulativas

Es obligación acumulativa, aquella en virtud de la cual se deben **varios objetos**. Lo anterior puede deberse por dos razones:

i) Se adeudan objetos distintos sin relación alguna entre ellos. Hay tantas obligaciones distintas como objetos debidos y cada una de ellas es exigible separadamente; o bien
ii) La obligación es una sola, pero para cumplirla, el deudor debe efectuar varias prestaciones, de manera que la obligación no estará cumplida mientras no se satisfagan todos los objetos debidos.[17]

2.2) Obligaciones alternativas o disyuntivas

Su regulación se encuentra en los artículos 1499 a 1504 del Código Civil (tít. VI del Libro IV). Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución

[17] Según René Abeliuk (ob. cit.) esta última sería la verdadera obligación acumulativa.

de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras (art. 1499). Del concepto legal deriva su nombre, pues existe una **elección** del objeto de la obligación: o una cosa o la otra. **Existen varias prestaciones debidas**, pero al deudor le basta el cumplimiento de una de ellas para extinguir su obligación.

Para que el deudor quede libre, debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba; y no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra. La elección es del deudor, a menos que se haya pactado lo contrario (art. 1500). Siendo la elección del deudor, no puede el acreedor demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben (art. 1501).

Si la elección es del deudor, está a su arbitrio enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativamente debe mientras subsista una de ellas. Pero si la elección es del acreedor, y alguna de las cosas que alternativamente se le deben perece por culpa del deudor, podrá el acreedor, a su arbitrio, pedir el precio de esta cosa y la indemnización de perjuicios, o cualquiera de las cosas restantes (art. 1502).

Si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella (art. 1503). Si perecen todas las cosas comprendidas en la obligación alternativa, sin culpa del deudor, se extingue la obligación. Si con culpa del deudor, estará obligado al precio de cualquiera de las cosas que elija, cuando la elección es suya; o al precio de cualquiera de las cosas que el acreedor elija, cuando es del acreedor la elección (art. 1504).

2.3) Obligaciones facultativas

Su regulación se encuentra en los artículos 1505 a 1507 del Código Civil (tít. VII del Libro IV). Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa (art. 1505).

Lo que distingue a la obligación facultativa, es que **existe un solo objeto debido**, pero el deudor, al momento del cumplimiento, puede liberarse de la obligación con el objeto debido o con otro previamente determinado.

En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado, y si dicha cosa perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna (art. 1506).

En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa (art. 1507).

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO AL NÚMERO DE SUJETOS

En las relaciones jurídico-obligacionales, la regla general es que tengan un solo sujeto activo (acreedor) y un solo sujeto pasivo (deudor); pero ello no es óbice, para que sea de otra manera. En efecto, el artículo 1438 al definir contrato, señala que una parte puede ser una o muchas personas. Así las cosas, en cuanto al número de sujetos, las obligaciones se clasifican en obligaciones de sujeto simple y obligaciones con pluralidad de sujetos.

La pluralidad de sujetos puede ser desde el punto de vista activo (más de un acreedor), pasivo (más de un deudor), o mixto (más de un deudor y más de un acreedor a la vez).

Las obligaciones con pluralidad de sujetos, a su vez se subclasifican en las siguientes tipologías:

a) Obligaciones mancomunadas (o simplemente conjuntas);
b) Obligaciones subsidiarias o "a falta de"; y
c) Obligaciones solidarias.

1) OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

Son aquellas que tienen un **objeto divisible** y existe pluralidad de deudores, de acreedores o de ambos, pero cada deudor está obligado al pago de ***su parte*** en la deuda, y cada acreedor puede demandar únicamente ***su cuota*** en ella. Por ejemplo, en conjunto Mario, José y Juan deben $ 300.000, debiendo pagar cada uno sólo $ 100.000. En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado *solamente a su parte o cuota* en la deuda, y cada uno de los acreedores, en

el segundo, sólo tiene derecho para demandar *su parte o cuota* en el crédito (inc. 1º art. 1511). Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores (inc. 1º art. 1526).[18]

Por regla general, las obligaciones mancomunadas *se dividen por partes iguales*, pero ello puede ser alterado por la convención de las partes o de la Ley.

Jurídicamente, las obligaciones mancomunadas constituyen la regla general, sin embargo en la práctica resultan ser la excepción.

En cuanto a los efectos de este tipo de obligaciones, diremos que el deudor sólo está obligado al pago de su cuota en la deuda, y no más. Cada acreedor no puede exigir sino el pago de su cuota. Si el deudor paga de más, habría pago indebido.

2) OBLIGACIONES SUBSIDIARIAS O "A FALTA DE"

En este tipo de obligaciones, existen dos deudores, uno principal y el otro **subsidiario**. El segundo sólo responderá si el primero no soluciona o paga su obligación.

Esta hipótesis se produce principalmente en el **contrato de fianza**:

> **Art. 2.335:** *"La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.*
>
> *La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador".*[19]

3) OBLIGACIONES SOLIDARIAS

3.1) Concepto

Obligación solidaria, es aquella que, en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los

[18] *Cada uno mata su propio toro.*

[19] Esta temática se analiza al tratar los contratos en particular. Vid, NAVARRO *Teoría General del contrato y contratos en particular*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2005, pp. 265 y ss.

deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda (art. 1511).

> **Art. 1511:** *"En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.*
>
> *Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o insólidum.*
>
> *La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".*

3.2) Clasificación de la solidariedad

Dependiendo de su origen o fuente, la solidaridad o solidariedad puede ser **convencional**, **testamentaria** o **legal**. *Convencional,* es aquella establecida expresamente en el contrato, a través de una cláusula accidental o modalidad; *testamentaria,* es la dispuesta expresamente por el testador en su testamento; y *legal,* es aquella establecida directamente por la Ley.[20]

Dependiendo de los sujetos, la solidariedad puede ser **pasiva** (más de un deudor), **activa** (más de un acreedor) o **mixta**. De éstas, la más relevante y de mayor aplicación práctica es la solidariedad pasiva.

3.3) Requisitos de la solidariedad

i) Debe existir **pluralidad de sujetos** (pasiva, activa o mixta);
ii) El objeto debe ser **divisible** (si el objeto es indivisible, no habría solidariedad sino indivisibilidad);
iii) Debe existir **unidad de prestación**. Conforme el artículo 1512, la cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos; por

[20] Constituyen ejemplos de solidariedad de fuente legal las siguientes normas: **art. 174 de la Ley Nº 18.290** (Ley de Tránsito); art. 183-B del Código del Trabajo (modificación incluida por la Ley Nº 20.123 de 16.10.2006); en el Código Civil arts. 927 inc. 2º, 2.317, 546, 549 inc. final, 419, 1281; 370 Código de Comercio; 47 y 79 de la Ley Nº 18.092 (Letras de cambio y pagaré); 27 Código de Procedimiento Civil.

ejemplo, pura y simplemente respecto de unos, bajo condición o a plazo respecto de otros;

iv) Existe **pluralidad de vínculos**. No obstante ser la prestación una sola, existe pluralidad de vínculos, tantos cuantas partes sean las que intervengan.

3.4) Solidariedad pasiva

La solidariedad pasiva convencional, constituye una especie de caución (garantía) personal, porque se contrae con el fin de asegurar la obligación, puesto que el acreedor va a poder hacer efectivo su crédito en tantos patrimonios, cuantos sean los deudores, y por el total de la deuda (**a uno, todos o cualquiera, y por el total**).

El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división (art. 1514).

Difiere la solidariedad de la prenda y la hipoteca, en que estas últimas son cauciones reales; difiere de la cláusula penal, porque en ésta existen dos obligaciones, la principal y la pena, en cambio en la solidariedad la obligación es una; difiere también de la fianza simple, porque en ésta la obligación del fiador es de carácter subsidiario o a falta del deudor principal, en cambio en la solidariedad se puede cobrar a cualquiera o a todos, por el total.

3.5) Interés en la deuda. obligación de pago de la deuda y obligación a contribuir al pago de la deuda (soporte de la deuda)

Esta temática, se fundamenta en la pluralidad de vínculos y en la unidad de prestación, y se explica mejor con los siguientes ejemplos:

Ejemplo 1: Sebastián necesita $ 500.000 (porque debe pagar unas cuotas atrasadas de su crédito universitario y ya lo están ejecutando), y decide pedírselos prestado a David. David accede en principio al préstamo (mutuo de dinero), pero le exige a Sebastián que se pacte solidariedad por lo menos con dos deudores más. Sebastián consigue que sean también codeudores solidarios Paulo y Víctor, entonces conjuntamente con David (acreedor) pactan en ese mutuo de $ 500.000, solidariedad pasiva, quedando como codeudores solidarios Sebastián, Paulo y Víctor.

Ejemplo 2: Paulo, Víctor y Sebastián, necesitan cada uno $ 100.000, ya que todos quedaron morosos en el pago de la tarjeta de crédito de una multi-tienda. Recurren a David para que les preste a cada uno dicho valor. Sin embargo, David no accede totalmente a la oferta planteada, sino que les propone prestarles los $ 300.000, pero pactando solidariedad entre ellos. De esta suerte, Paulo, Víctor y Sebastián, conjuntamente con David, pactan en ese mutuo de $ 300.000, solidariedad pasiva, quedando como codeudores solidarios Sebastián, Paulo y Víctor.

En ambos ejemplos, el acreedor (David) puede dirigirse **a cualquiera** de los codeudores solidarios, o a todos ellos, y exigirles **el total** de la deuda (en el primer caso $ 500.000, y en el segundo $ 300.000). Ello, porque **todos se encuentran obligados al pago total de la deuda**, puesto que son codeudores solidarios.

Sin embargo, en el ejemplo 1, la deuda **sólo cede en interés de** Sebastián, los demás codeudores participaron en el mutuo nada más que para ayudarlo. A ellos no les interesa en lo absoluto, pero, como pactaron solidariedad pasiva, están obligados a pagar; no obstante, aunque estén obligados a "pagar" la deuda, **no están obligados a soportarla**, esto es, **no están obligados a contribuir a la deuda**. En el ejemplo 2, los tres deudores **tienen interés en la deuda**, vale decir, cede la solidariedad en beneficio de todos, por lo mismo **todos tienen la obligación de soportar la deuda**.

En el ejemplo 1, si al momento del cumplimiento, David exige el pago total a Paulo, éste debe pagarle a David los $ 500.000 (está obligado al pago); pero como no cedía en su interés la deuda (no está obligado a soportar la deuda), Paulo se subroga en los derechos de David y puede exigirle ahora a Sebastián que le reintegre los $ 500.000 que pagó a su acreedor. No podría hacer lo mismo con Víctor, ya que tampoco cedía en su interés la deuda, y al pagarse, la solidariedad se extinguió. Si David exige el cumplimiento a Víctor y Paulo, conjuntamente, ambos están obligados a pagarle el total a David ($ 500.000), juntando entre ambos el dinero ($ 250.000 cada uno); pero como no cedía en su interés la deuda (no estaban obligados a soportarla), Paulo y Víctor se subrogan en los derechos de David y pueden cada uno exigirle ahora a Sebastián que les reintegre los $ 250.000 que cada uno pagó a su acreedor, y sólo cada uno, ya que la solidariedad se extinguió con el pago al acreedor. Finalmente, si David exige el total a Sebastián, y Sebastián paga, la deuda se extingue total-

mente, toda vez que este deudor, no sólo estaba obligado al pago de la misma, sino que además (como cedía en su propio interés) estaba obligado a soportar y contribuir al pago de la misma.

En el ejemplo 2, si al momento del cumplimiento, David exige el pago total a Paulo, éste debe pagarle a David los $ 300.000 (está obligado al pago); pero como no cedía en su solo interés la deuda (no está obligado a soportarla completamente), Paulo se subroga en los derechos de David y puede exigirle ahora a Sebastián y Víctor que le reintegren cada uno $ 100.000, por los $ 200.000 que pagó a su acreedor en la parte que no tenía que soportar. Si David exige el cumplimiento a Víctor y Paulo, conjuntamente, ambos están obligados a pagarle el total a David ($ 300.000), juntando entre ambos el dinero ($ 150.000 cada uno); pero como no cedía en su solo interés la deuda (no estaban obligados a soportarla en forma completa), Paulo y Víctor se subrogan en los derechos de David y pueden cada uno exigirle ahora a Sebastián que les reintegre los $ 50.000 que cada uno pagó a su acreedor por sobre la cantidad en que tenían interés, y sólo cada uno, ya que la solidariedad se extinguió con el pago al acreedor. Finalmente, si David exige el total a los tres, y pagan, la deuda se extingue totalmente, toda vez que estos codeudores, no sólo estaban obligados al pago de la misma, sino que además (como cedía en su propio interés) estaban obligados a soportar y contribuir al pago de la misma.

El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda. Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores. La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad (art. 1522).

Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1514, sino con rebaja de la cuota que correspondía

al primero en la deuda (art. 1518). La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, liberta a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida (art. 1519). El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas. Pero no puede oponer por vía de compensación el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho (art. 1520). Si la cosa perece por culpa o durante la mora de uno de los deudores solidarios, todos ellos quedan obligados solidariamente al precio, salva la acción de los codeudores contra el culpable o moroso. Pero la acción de perjuicios a que diere lugar la culpa o mora, no podrá intentarla el acreedor sino contra el deudor culpable o moroso (art. 1521).

3.6) Extinción de la solidariedad

La solidariedad se extingue, ya sea porque se extinguió la obligación principal, o porque sólo se extinguió la solidariedad. Esta última hipótesis, puede ocurrir ya por muerte del deudor solidario, ya por renuncia a la solidariedad.

A) Muerte del deudor solidario

Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria (art. 1523).[21]

B) Renuncia a la solidariedad

Como la solidariedad mira en el solo interés del acreedor (art. 12), puede ésta renunciarse, cualquiera sea su fuente. Conforme el artículo 1516, el acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos. La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva

[21] Excepcionalmente, puede pactarse que la deuda se traspase solidariamente a los herederos, RAMOS, ob. cit., p. 104.

general de sus derechos. Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad. Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda. El artículo 1517, señala que la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa.

VII. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO A LA DIVISIBILIDAD DEL OBJETO

1) NOCIÓN DE DIVISIBILIDAD E INDIVISIBILIDAD

La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Así la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible (art. 1524). El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible (art. 1525).

Aunque la indivisibilidad pueda darse en las obligaciones con sujeto único; cobra verdadera relevancia en las obligaciones con pluralidad de sujetos.

2) DIVISIBILIDAD MATERIAL E INTELECTUAL

Esta temática, ya se estudio al clasificar los bienes. Si seguimos las ciencias físicas, todo se puede dividir, hasta el átomo. Pero, como tratamos de hacer ciencia jurídica, debemos realizar ciertas distinciones.

Jurídicamente hablando, pueden diferenciarse dos grandes tipos de *divisibilidad* y su inversa la *indivisibilidad*: una de tipo natural o **material** y otra de tipo intelectual o **ideal-intelectual**, también llamada esta última *de cuota.*

Son ***materialmente divisibles***, aquellas cosas que pueden fraccionarse sin destruirse, y sin mermar su valor. A la inversa, es *materialmente indivisible*, aquella cosa que al fraccionarse se destruye, y/o pierde ostensiblemente su valor. Por ejemplo, una vaca viva es

indivisible materialmente, pero muerta es divisible (filete, lomo, costillas, palanca, posta, etc.). Esto sin embargo, es una cuestión *de hecho*, no existen aquí listas taxativas.

Son ***ideal o intelectualmente divisibles***, las cosas que se dividen en partes imaginarias o ideales (o en cuotas), aunque la cosa misma no pueda dividirse materialmente. Por ejemplo, la misma vaca viva anterior, es indivisible materialmente; pero sí lo es en forma intelectual o ideal, cuando varios sean co-dueños de la misma.

En principio, *todas* las cosas corporales y todos los derechos son ideal o intelectualmente divisibles. Sin embargo, existen derechos (cosas incorporales) que no pueden dividirse intelectualmente. Ya sea porque la Ley lo ha señalado como elemento de la naturaleza, o como elemento esencial. En el primer caso, las partes podrían eliminar la indivisibilidad, en el segundo la indivisibilidad es obligatoria e irrenunciable. La prenda y la hipoteca, son derechos que contienen la indivisibilidad como elemento de la naturaleza, vale decir, por regla general, son indivisibles, salvo pacto expreso en contrario. Los derechos de servidumbre y la propiedad fiduciaria, nunca pueden dividirse, ni aún intelectualmente.

3) Fuente de la indivisibilidad[22]

La indivisibilidad proviene ya de la cosa misma (indivisibilidad natural), ya de un acuerdo de las partes (indivisibilidad de pago o convencional).

3.1) Indivisibilidad natural o indivisibilidad propiamente tal

Es aquella que deriva de la cosa misma, de su propia naturaleza, ésta a su vez puede ser absoluta o relativa. Es indivisibilidad natural **absoluta**, aquella en que el objeto de la obligación (la prestación) no puede cumplirse por partes, por ejemplo en la servidumbre de tránsito. Es indivisibilidad natural **relativa o teleológica**, aquella que proviene del fin o propósito que las partes se propusieron al comento de contraerse la obligación, por ejemplo cuando varias personas se comprometen a construir una casa

[22] Ramos, ob. cit., p. 109.

3.2) Excepciones a la divisibilidad de las obligaciones: indivisibilidad convencional o de pago[23]

Es aquella que proviene del acuerdo expreso de las partes, en orden a que la prestación no pueda cumplirse por partes. Su objeto es perfectamente divisible (física o intelectualmente), pero no puede ejecutarse por parcialidades habida cuenta al acuerdo de voluntades. Por ello, se habla de divisibilidad de pago, porque la cosa es susceptible de ser dividida, la indivisibilidad sólo aparece en el pago.

Así las cosas, se trata entonces de **excepciones a la divisibilidad de las obligaciones, conforme el encabezado del artículo 1526**. Dicho artículo, da la regla general (divisibilidad) y luego agrega las excepciones (indivisibilidad).

Art. 1526: *"Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores. Exceptúanse los casos siguientes:*

1. ***La acción hipotecaria o prendaria** se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada.*

   El codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aun en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aun en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores.

2. ***Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto**, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo.*

3. ***Aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación**, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor.*

4. ***Cuando por testamento o por convención entre los herederos**, o por la partición de la herencia, se ha impuesto a uno de los herederos la obligación de pagar el total de una deuda, el acreedor podrá dirigirse o contra este heredero por el total de la deuda, o*

[23] Para mayor complemento de esta temática, véase como bibliografía obligatoria, ABELIUK, ob. cit., pp. 300 a 304.

contra cada uno de los herederos por la parte que le corresponda a prorrata.

Si expresamente se hubiere estipulado con el difunto que el pago no pudiese hacerse por partes, ni aun por los herederos del deudor, cada uno de éstos podrá ser obligado a entenderse con sus coherederos para pagar el total de la deuda, o a pagarla él mismo, salva su acción de saneamiento.

Pero los herederos del acreedor, si no entablan conjuntamente su acción, no podrán exigir el pago de la deuda, sino a prorrata de sus cuotas.

5. ***Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera**, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros.*

   Pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera sino intentando conjuntamente su acción.

6. ***Cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla todos de consuno**; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".*

4) Efectos de la indivisibilidad

Cada uno de los que han contraído unidamente una obligación indivisible, es obligado a satisfacerla en el todo aunque no se haya estipulado solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total (art. 1527). Cada uno de los herederos del que ha contraído una obligación indivisible **es obligado a satisfacerla en el todo** y cada uno de los herederos del acreedor puede **exigir su ejecución total** (1528). La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto de los otros (1529). Demandado uno de los deudores de la obligación indivisible, podrá pedir un plazo para entenderse con los demás deudores a fin de cumplirla entre todos; a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él solo pueda cumplirla, pues en tal caso podrá ser condenado, desde luego, al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores para la indemnización que le deban (art. 1530).

El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto de todos (art. 1531).

Siendo dos o más los acreedores de la obligación indivisible, ninguno de ellos puede, sin el consentimiento de los otros, remitir la deuda o recibir el precio de la cosa debida. Si alguno de los acreedores remite la deuda o recibe el precio de la cosa, sus coacreedores podrán todavía demandar la cosa misma, abonando al deudor la parte o cuota del acreedor que haya remitido la deuda o recibido el precio de la cosa (1532).

Es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa. Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, ése sólo será responsable de todos los perjuicios (1533). Si de dos codeudores de un hecho que deba efectuarse en común, el uno está pronto a cumplirlo, y el otro lo rehúsa o retarda, éste sólo será responsable de los perjuicios que de la inejecución o retardo del hecho resultaren al acreedor (1534).

VIII. CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN CUANTO A LA FORMA CÓMO PRODUCEN SUS EFECTOS

1) Generalidades

En relación a este punto, las obligaciones son puras y simples o sujetas a modalidades. Como sabemos, las modalidades (más comunes) pueden ser a su vez: el plazo, la condición y el modo.

Pescio define modalidad, como todo elemento accidental que se introduce en la formación de un acto jurídico o que altera los efectos que éste es susceptible de producir.[24]

Al tratar las clasificaciones de los actos jurídicos (dentro de los cuales está el contrato, acto jurídico bilateral que crea obligaciones), se expresó que existían los actos jurídicos *puros y simples*, y los actos jurídicos *sujetos a modalidad*. La definición de actos jurí-

[24] Pescio, *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 278.

dicos puros y simples, era negativa, en el sentido que consistían en aquellos actos que carecían de modalidades, y por lo mismo sus efectos eran los normales y sin alteraciones. A su turno, los actos jurídicos *sujetos a modalidades* eran aquellos en virtud de los cuales, sus efectos estaban sujetos a reglas que alteraban la normalidad de sus efectos.

La regla general, es que las modalidades sean *elementos accidentales* (art. 1444)[25] de un contrato. Excepcionalmente, hay casos de modalidades que son elementos *de la naturaleza*,[26] e incluso elementos *esenciales* del acto.[27] En el caso de los contratos, los elementos accidentales (modalidades) serían aquellos elementos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que **se le agregan por medio de cláusulas especiales**. Son introducidos por las partes voluntariamente, los cuales modifican los efectos normales del acto. Desde esta perspectiva, son características generales de las **modalidades**, las siguientes:

- son **accidentales**, esto es, pueden omitirse;
- tienen por objeto **alterar los efectos normales** del acto jurídico;
- **son de carácter excepcional**, hay que probarlas;
- necesariamente deben ser introducidos al acto por **disposición expresa de las partes**.[28]

Las principales modalidades son el plazo, la condición y el modo, sin embargo, existen tantas, a cuanto alcance la imaginación de las partes. Son ejemplos también de elementos accidentales, la cláusula penal, la solidariedad, etc.

---

[25] **Art. 1444:** *"Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales".*

[26] La **condición resolutoria tácita**, es un elemento *de la naturaleza* de los **contratos bilaterales** (art. 1489).

[27] En el **contrato de promesa**, el plazo o condición son elementos *esenciales* (art. 1554 Nº 3).

[28] La gran mayoría de los actos y contratos, admiten modalidades, sobretodo los patrimoniales. La excepción, viene constituida por los actos y contratos *no susceptibles de modalidad*, v. gr., los actos de familia (matrimonio, adopción, reconocimiento de los hijos, etc).

2) Obligaciones condicionales

2.1) Generalidades y concepto

No existe una regulación orgánica de las obligaciones condicionales en nuestro Código Civil, ésta se encuentra dispersa en los libros II, III y IV del mismo.[29]

El artículo 1473, señala que es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no. Doctrinariamente, se define a la condición como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de una obligación.

Son elementos esenciales de las obligaciones condicionales: i) que el hecho en que consiste debe ser **futuro**; y ii) que el hecho debe además ser **incierto**.

2.2) Clasificación de las condiciones

A) Condición suspensiva y resolutoria

En cuanto a si al momento de verificarse el hecho futuro e incierto, nace o se extingue el derecho, la condición se clasifica en suspensiva o resolutoria.

Más adelante, volveremos a tratarlas con mayor detalle. Mientras tanto, diremos que el artículo 1479, señala que la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

B) Condición positiva y negativa

En cuanto a si el hecho futuro e incierto, consiste en el acaecimiento de un hecho o por el contrario a que éste no ocurra, la condición se clasifica en positiva o negativa.

Conforme el artículo 1474, la condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca.

---

[29] Libro II, tít. VIII *"De la propiedad fiduciaria"*; Libro III, tít. 4º *"De las asignaciones testamentarias condicionales"*; y Libro IV, tít. 4º *"De las obligaciones condicionales y modales"*.

C) Condición posible e imposible; lícita e ilícita

En cuanto a posibilidad de realización conforme las leyes de la naturaleza, y conforme el orden público, la condición se clasifica en físicamente posible o imposible; y moralmente posible o imposible (lícita e ilícita).

La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles (art. 1475).

Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida. A la misma regla se sujetan las condiciones cuyo sentido y el modo de cumplirlas son enteramente ininteligibles. Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales. La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita (art. 1480).

Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple; si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición (art. 1476).

D) Condición expresa y tácita

De acuerdo a si ésta se expresa o no en el contrato, se clasifica en expresa y tácita. Como la mayoría de las veces la condición, es un **elemento accidental** de los contratos, la regla general es que la condición sea expresa. Sin embargo, por excepción, la Ley puede subentender una condición, sin necesidad que las partes la estipulen, como es el caso de la condición resolutoria tácita (art. 1489), que constituye un elemento de la **naturaleza** (art. 1444) de los contratos bilaterales.

E) Condición determinada e indeterminada

Conforme tenga o no ínfito un plazo para su cumplimiento, la condición se clasifica en determinada e indeterminada. Condición indeterminada, es aquella que no tiene plazo, ni época prefijada para su cumplimiento. Condición determinada, es aquella en la

cuál no se sabe cuándo ocurrirá, pero sí queda determinado o prefijado cuándo debe estimarse fallida.

F) Condición potestativa, casual y mixta

De acuerdo al rol que juega la voluntad de las partes y el acaso, la condición se clasifica en potestativa, casual y mixta.

El artículo 1477, señala que se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso.

A su vez, las condiciones potestativas, se clasifican en *meramente potestativas* y *simplemente potestativas (o potestativas ordinarias*). Son condiciones meramente potestativas, las que dependen de la sola voluntad o del capricho de las partes, en cambio, son simplemente potestativas, aquellas en que no solamente la voluntad es relevante, sino que también concurren circunstancias exteriores pero que no se estipulan, puesto que de lo contrario serían mixtas. Lo importante de esta subclasificación, radica en que las condiciones meramente potestativas están prohibidas para el deudor, vale decir, la condición no puede depender del mero capricho del obligado (deudor); *contrario sensu*, cabe para el acreedor. De acuerdo al artículo 1478, son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes (condición simplemente potestativa), valdrá.[30]

3) Fases en las que puede encontrarse una condición

La condición puede encontrarse en las siguientes fases o etapas: pendiente, cumplida o fallida.

[30] En el artículo **Art. 1.823**, encontramos un caso de condición potestativa ordinaria o simplemente potestativa**:** "Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece en tanto al vendedor. Sin necesidad de estipulación expresa se entiende hacerse a prueba la venta de todas las cosas que se acostumbra vender de ese modo". Éste, es un caso de obligación potestativa ordinaria o simplemente potestativa; no es mera o puramente potestativa, de lo contrario sería nula, tal como lo expresa el artículo 1478.

3.1) Condición pendiente

Condición pendiente, es aquella en la que subsiste la **incertidumbre** de si el hecho futuro, se verificará o no.

3.2) Condición fallida

Condición fallida es aquella que no se cumplió. Conforme el artículo 1482, para determinar si la condición falló, es menester distinguir si ésta es positiva o negativa, determinada e indeterminada.

La *condición positiva determinada*, falla si transcurre el plazo convenido, dentro del cual debió verificarse la condición y ello no ha ocurrido, o bien, no ha transcurrido el término, pero es imposible que el hecho ocurra. La *condición positiva indeterminada*, fallará si ya no puede verificarse.[31]

La *condición negativa*, falla si acaece el hecho en que consiste.

Finalmente diremos, que si la condición (en cualquiera de sus tipos) falla por hecho o culpa del deudor, se tendrá por cumplida, toda vez que nadie puede aprovecharse de su propio dolo (art. 1481 inc. 2º).

3.3) Condición cumplida

Condición cumplida, es aquella cuyo hecho hipotético se verifica empíricamente. Si la condición es *positiva*, se verifica por la realización del hecho futuro e incierto. Si es *negativa determinada*, está cumplida si no ocurre el hecho dentro del plazo fijado. Finalmente, si es *negativa indeterminada*, se estima cumplida cuando el hecho no puede verificarse (o si pasan 10 años sin que se verifique).

4) CÓMO DEBEN CUMPLIRSE LAS CONDICIONES

En la condición (a diferencia del modo), **no cabe el cumplimiento por analogía**. Las condiciones **deben cumplirse literalmente**, en la forma convenida (art. 1484).[32] La condición debe

[31] Según René Abeliuk, estas condiciones están sujetas a un plazo tácito máximo de **10 años**. Salvo en el caso de la muerte: *certus et incertus cuando*. ABELIUK, ob. cit., pp. 323 y ss. Nº 487.

[32] En el caso del modo, se aplica lo dispuesto en el artículo 1093, que autoriza su cumplimiento por analogía: *"Si el modo, sin hecho o culpa del asignatario, es solamente imposible en la forma especial prescrita por el testador,* ***podrá cumplirse en otra***

ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes. Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición, si se entrega a la misma persona, y ésta lo disipa (art. 1483).[33]

No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente; en consecuencia, todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, **podrá repetirse** mientras no se hubiere cumplido (art. 1485).

5) Retroactividad de la condición cumplida[34]

Esta es una **temática compleja**, que divide a los autores. En virtud de la retroactividad de la condición cumplida, el acto (en tanto condicional) no ha existido como tal; el cumplimiento de la condición hace desaparecer el estado de **pendencia** como si nunca hubiere existido y también, en consecuencia, todos los actos realizados por el deudor condicional en el tiempo intermedio. Con la retroactividad de la condición cumplida, se busca proteger al acreedor condicional, no perjudicándolo en sus derechos a la época de cumplirse la condición, por los actos que el deudor pueda haber realizado en el tiempo intermedio; mas, resulta un serio detrimento a los intereses de terceros, pues verían afectados sus actos o contratos celebrados con el deudor condicional, mientras la condición estuvo pendiente.

Nuestro Código Civil, no establece en forma categórica el *principio de la retroactividad de la condición cumplida*, como sí lo hizo el francés. Existen autores,[35] que sostienen que el Código Civil chileno **por regla general** acoge la retroactividad de la condición

análoga *que no altere la substancia de la disposición, y que en este concepto sea aprobada por el juez con citación de los interesados".*

[33] Existiría una aparente contradicción entre los artículos 1483 (voluntad de las partes, modo más racional) y el 1484 (cumplimiento literal); sin embargo, el precepto del artículo 1484, quiere enfatizar la proscripción del cumplimiento por equivalencia o analogía en las obligaciones condicionales. ABELIUK, ob. cit.

[34] Véase en este punto ABELIUK, ob. cit., Nº 496, pp. 329 y ss.

[35] ALESSANDRI, CLARO SOLAR, entre otros.

cumplida, salvo en ciertas excepciones. Manuel Somarriva Undurraga, señala que la retroactividad es la excepción, y sólo se aplicaría en los casos expresamente señalados por la Ley. René Abeliuk Manasevich, expresa que el Código adoptó una posición ecléctica, respecto de este tema, por lo anterior, no puede aceptarse *a priori* (en los casos de duda) la retroactividad que en sí misma es excepcional.

Se han señalado como casos, en donde el Código acoge la retroactividad de la condición cumplida los siguientes:

i) Art. 1486, que declara pertenecer al acreedor los aumentos, mejoras y deterioros, y pérdida fortuita de la cosa debida, ocurridos pendiente la condición; aplicándose aquí el principio: *las cosas producen y perecen para su dueño*;
ii) Arts. 1490 y 1491, en los casos en que quedan sin efecto las enajenaciones del deudor condicional, puesto que en tales situaciones, se supone que el acreedor era dueño pendiente la condición;
iii) En cuanto a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones condicionales suspensivos (art. 1492) y el artículo 2413 que, cumplida la condición, retrotrae la fecha de la hipoteca a la de su inscripción.

Por su parte, se han señalado como casos en los que el Código Civil rechaza la retroactividad de la condición cumplida, los siguientes:

i) Art. 1486, en cuanto a la pérdida y deterioros culpables, pues ellos deberían corresponder al acreedor si se supiera que era dueño pendiente la condición;
ii) El deudor no debe los frutos producidos por la cosa pendiente la condición (arts. 1078 inc. final; 1338 Nº 1; 1488);
iii) Artículos 1490 y 1491, en el caso de los terceros de buena fe;
iv) Quedan a firme, los actos de administración efectuados por el deudor condicional (art. 758).

6) Forma de entregar la cosa debida cumplida la condición

Cumplida la condición, el deudor deberá entregar al acreedor la cosa debida bajo condición suspensiva, o tenía sujeta a condición resolutoria.

En las obligaciones genéricas, este tema no presenta ningún problema, toda vez que el género no perece. La problemática se presenta en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, toda vez que la cosa pudo: haber experimentado mejoras y aumentos; haber sufrido deterioros; haber producido frutos; haberse destruido; haber sido enajenada o gravada por el deudor condicional. A estos temas, nos referiremos a continuación.

Los aumentos y mejoras pertenecen al acreedor. Conforme el inciso segundo del artículo 1486, si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella (...). Ésta, es una aplicación del principio de la retroactividad de la condición cumplida.[36]

Los deterioros y disminuciones de la cosa los sufre el acreedor. También lo establece el inciso segundo del artículo 1486, al señalar que el acreedor sufre el deterioro o disminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio.

Con todo, como se trata de un caso de **pérdida parcial**, es menester distinguir si tal pérdida fue **fortuita** o **culpable**. Si es fortuita (por aplicación de la retroactividad y la teoría del riesgo) el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor (art. 1550); el acreedor debe cumplir íntegramente su propia obligación, sin pedir rebaja en ella. En cambio, si es culpable, se vuelve a la regla general, pues la teoría del riesgo supone ausencia de culpa del deudor. Así, queda claro en la parte final del inciso segundo del artículo 1486, al expresar: *"salvo que el deterioro o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que se rescinda el contrato o que se le entregue la cosa, y además de lo uno o lo otro tendrá derecho a indemnización de perjuicios"*.

[36] Esta solución, escapa a la regla general contenida en las prestaciones mutuas (arts. 904 y ss), en donde el reivindicante debe indemnizar al poseedor vencido (aun al de mala fe) las mejoras necesarias.

Los frutos pertenecen al deudor. Éste, es uno de los casos en donde nuestro Código, no acoge la retroactividad de la condición cumplida. Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario (art. 1488).[37] Cumplida la condición (suspensiva), no tendrá derecho (el acreedor) a los frutos percibidos en el tiempo intermedio, si el testador no se los hubiere expresamente concedido (art. 1078).

Pérdida de la cosa debida bajo condición. Ya señalamos que, a este respecto es menester distinguir si la pérdida es fortuita o culpable. Si es **fortuita**, se extingue la obligación; en cambio, si la pérdida se debe a **culpa del deudor**, es obligado al precio y a la indemnización de perjuicios (art. 1486).

7) Efectos de la condición suspensiva

Como expresamos, el artículo 1479 señala que la condición suspensiva, es aquella que mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho. En doctrina, se la define como el hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho (y de la correlativa obligación).

Los efectos de la condición suspensiva, varían según el estado o fase en que se encuentre, vale decir, si está pendiente, fallida o cumplida.

7.1) Efectos de la condición suspensiva pendiente

Se apuntan como efectos de la condición suspensiva pendiente, los siguientes:

i) **Ni el derecho ni la obligación nacen.** De lo anterior se desprende que:
   - El acreedor, no puede exigir el cumplimiento (1485 inc. 1º);
   - Si el deudor paga estando pendiente la condición, pagó mal y cabe la repetición, por tratarse de un pago indebido (1485 inc. 2º);

[37] Un ejemplo en que la Ley dispone lo contrario se encuentra en el artículo 1875, el que se estudia en el curso de contratos.

- El acreedor no puede ejercer la acción pauliana (art. 2468);
- Como no es exigible la obligación: no corre la prescripción extintiva (art. 2514); no puede haber novación (art. 1633), no puede operar la compensación (art. 1656), ni puede haber mora del deudor (art. 1551).

ii) **El vínculo jurídico existe.** No ha nacido el derecho, ni la correlativa obligación, pero el acto o contrato existe, en consecuencia:

- Al contraerse la obligación, deben cumplirse los requisitos de existencia y validez del acto o contrato;
- El deudor no puede retractarse (art. 1481);
- La obligación condicional se rige por la Ley vigente al tiempo de celebrarse el contrato (art. 22 L.E.R.L.).

iii) **El acreedor condicional tiene una legítima expectativa de llegar a ser acreedor a secas.** El acreedor condicional (pendiente la condición) todavía no tiene el derecho, mas sí tiene una *legítima esperanza*, la expectativa de llegar a ser acreedor puro y simple, y titular de su derecho. Según Abeliuk,[38] lo más apropiado es hablar en este caso de *un derecho en potencia*. Es esta *legítima esperanza* o *derecho en potencia*, lo que explica los siguientes efectos de la obligación condicional pendiente:

- El acreedor tiene derecho a solicitar **medidas conservativas o precautorias**. Estas medidas o providencias conservativas, tienen por objeto amparar la legítima expectativa que tiene el acreedor de adquirir el derecho (arts. 1492 inc. final; 721 inc. 2º; 1078 inc. 1º);
- Tanto la expectativa del acreedor, como la obligación en potencia del deudor, **se transmite a sus herederos** (art. 1492).[39]

[38] Ob. cit.

[39] Sin embargo, en las **donaciones** y en las **asignaciones testamentarias**, atendido el carácter *ituito personæ* de las primeras y de acto gratuito hecho en consideración a la persona, de las segundas, si el acreedor condicional fallece sin haber adquirido lo donado o asignado, **nada transmite a sus herederos**. Véanse los artículos 1078 inc. 2º, 962, 1390 inc. 2º. Esta temática se analiza en Derecho Sucesorio.

7.2) Efectos de la condición suspensiva fallida

Si la condición suspensiva falla, quiere decir que el derecho y la obligación no van a nacer, y, en consecuencia, *la expectativa del acreedor desaparece*. Las medidas conservativas quedan sin efecto, y todos los actos de administración y disposición efectuados por el deudor *quedan a firme*.

7.3) Efectos de la condición suspensiva cumplida

Desde que el hecho futuro e incierto pasa a ser cierto y presente, y acaece, nace el derecho del acreedor y la obligación del deudor, por ello:

- El acreedor puede elegir el cumplimiento, incluso forzado;
- Si el deudor paga, cumple su obligación; y si lo hizo cuando estaba pendiente, no puede repetir lo pagado porque ahora ese pago es perfecto;
- Como ahora la obligación es *exigible*, empieza a correr el plazo de la prescripción extintiva;
- El acreedor puede ejercer la acción pauliana;
- Se puede compensar; queda perfecta la novación;
- El deudor puede ser colocado en mora;
- Operaría retroactivamente el cumplimiento;
- Debe entregarse la cosa debida: los aumentos y mejoras, y las disminuciones y deterioros fortuitos corresponden al acreedor; la pérdida fortuita de la cosa extingue la obligación, la culpable se sustituye por el pago del precio y la indemnización; los frutos por regla general pertenecen al deudor; los actos de administración del deudor quedan a firme; la suerte de las enajenaciones y gravámenes las veremos más adelante.

8) La condición resolutoria

Conforme el artículo 1479, la condición se llama resolutoria, cuando por su cumplimiento extingue un derecho. Doctrinariamente, consiste en un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho.

La condición resolutoria, puede clasificarse en ordinaria y tácita. Se agrega también, el pacto comisorio.

9) Condición resolutoria ordinaria

Es aquella que consiste en cualquier hecho futuro e incierto, *que no sea el incumplimiento de una obligación*, y que de ocurrir extingue un derecho.

Para estudiar sus *efectos*, es menester analizarla en los tres estados o etapas en las que puede encontrarse.

9.1) Condición resolutoria ordinaria pendiente

Como la condición resolutoria, al cumplirse extingue el derecho, éste, mientras ella pende, existe; *el acto o contrato produce todos sus efectos, como si fuere puro y simple*, y se puede exigir el cumplimiento y realizar toda clase de actos respecto de la cosa como si no estuviere afectada por condición, claro, con las limitaciones que derivan del hecho que su derecho puede quedar sin efecto.

9.2) Condición resolutoria ordinaria fallida

Si falla la condición resolutoria, el derecho del deudor condicional pasa a ser puro y simple, y si se trataba de una cosa, sigue siendo el dueño ahora sin limitación alguna, quedando a firme todos los actos efectuados por él mientras la condición estaba pendiente, incluso las enajenaciones realizadas y los gravámenes constituidos.

9.3) Condición resolutoria ordinaria cumplida

Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere (art. 1487). Verificada una condición resolutoria, no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario (art. 1488).

La condición resolutoria ordinaria, *opera de pleno Derecho*; por el solo hecho de cumplirse el evento de la condición. Si el asunto

llega a transformarse en litigio, la sentencia se limitará a *constatar* que operó la condición resolutoria ordinaria y a ordenar el efecto pedido por el acreedor.[40]

10) CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA[41]

10.1) Generalidades y concepto

La condición resolutoria tácita, está contenida en el artículo 1489:

> **Art. 1489:** *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*
>
> *Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios".*

La condición resolutoria tácita, es aquella que está presente sólo en los **contratos bilaterales**,[42] y aquí el hecho futuro e incierto consiste en **cualquier incumplimiento de las obligaciones emanadas de tal contrato**.

El incumplimiento en este caso, concede un derecho alternativo a la **parte diligente**, y se traduce en:

i) O exige el **cumplimiento forzado del contrato**; o pide
ii) La **resolución del contrato**.

En ambos casos, esto es, cualquiera sea la elección de la parte diligente, tiene derecho además a exigir la correspondiente **indemnización de perjuicios**.

El legislador establece la condición resolutoria tácita, como protección a la **parte diligente**, y como sanción a la parte que incumple (negligente).

---

[40] Según ABELIUK (ob. cit.), como la condición resolutoria ordinaria opera de pleno Derecho, sus efectos son *universales*, y puede invocarla quien tenga interés en ella, puesto que tales efectos no provienen de una sentencia judicial, sino de la Ley.

[41] Respecto del origen de esta institución, éste no se encontraría en el Derecho Romano clásico; existe sí un antecedente en la *lex comisoria* y en los pactos innominados. Su origen próximo, estaría más en el Derecho Canónico, fundando la institución en razones de equidad y respecto a la palabra empeñada (*pacta sunct servandæ*). De allí pasó al Derecho francés, pero sólo aplicable a los contratos bilaterales. ABELIUK, ob. cit.

[42] **Art. 1439:** *"El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y* ***bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente****".*

10.2) Características de la condición resolutoria tácita

- Es **condición**, porque consiste en un hecho futuro e incierto: el incumplimiento de alguna obligación emanada de un contrato bilateral;
- Es **resolutoria**, porque extingue un derecho;
- Es **tácita**, porque el legislador la subentiende en **todo contrato bilateral**, no necesitan las partes estipularla, pues constituye un elemento *de la naturaleza* (art. 1444) del contrato bilateral: está contenida en la Ley;
- Es **negativa**, toda vez que consiste en que no ocurra algo, esto es, que no se cumpla una obligación;
- Es **simplemente potestativa**, pues depende de un hecho voluntario de quien incumple; y
- En los **contratos de tracto sucesivo**, recibe el nombre de **terminación**.

10.3) Requisitos de la condición resolutoria tácita

Para que opere la condición resolutoria tácita, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de un contrato **bilateral**;
- Que exista un **incumplimiento imputable** de alguna obligación emanada de dicho contrato bilateral;
- Que quien la solicite sea la **parte diligente**, vale decir, que haya cumplido su propia obligación o esté llana a cumplirla; y
- Que sea declarada por **sentencia judicial**, porque no opera de pleno Derecho.

10.4) Ejercicio jurisdiccional de la condición resolutoria tácita

Una de las vías u opciones que entrega el artículo 1489 a la parte diligente, es demandar la resolución del contrato, más la correspondiente indemnización de perjuicios; la otra vía podía ser la ejecución forzada del contrato, más la indemnización de perjuicios.

En virtud del *derecho de opción* de la norma citada, la parte diligente elige la vía o camino a su entero arbitrio, dependiendo de cuál acción le convenga más. Sin embargo, no puede la parte

diligente solicitar *al mismo tiempo*, el cumplimiento forzado y la resolución, ello porque se trata de acciones *incompatibles*, empero, sí puede solicitar una *en subsidio* de la otra, conforme el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.[43]

A) Cumplimiento forzado

Si el título en que consta la obligación, es *ejecutivo*,[44] el cumplimiento se pedirá a través de un **juicio ejecutivo**; si el título no es ejecutivo, el cumplimiento se pedirá por la vía ordinaria.

B) Acción resolutoria

Puede definírsela como la vía jurisdiccional que emana de la condición resolutoria tácita, en cuya virtud el contratante diligente, solicita se deje sin efecto un contrato bilateral por no haber cumplido la contraparte alguna(s) obligación(es) emanada(s) de éste.

Caracteriza a la acción resolutoria, lo siguiente: es **personal** (se dirige sólo contra el contratante que incumplió), es **patrimonial**, es **renunciable** (por tratarse de un elemento de la naturaleza, y en virtud del art. 12), es **transferible**, es **prescriptible** (5 años, desde que la obligación se hizo exigible). Puede reputarse mueble o inmueble, dependiendo del objeto del contrato. La acción resolutoria, es también **indivisible**. Que sea indivisible, se debe a dos razones: desde el punto de vista *objetivo*, porque la parte diligente no puede pedir en parte el cumplimiento y en el resto la resolución; y desde el punto de vista *subjetivo*, porque siendo varios sujetos la parte diligente, todos ellos deben ponerse de acuerdo para pedir o el cumplimiento forzado o la resolución; y siendo más de uno la parte negligente, no puede el acreedor dirigirse contra unos por cumplimiento forzado y contra otros por resolución.

C) La acción resolutoria y otras instituciones a fines

Resolución y terminación: La resolución, toma el nombre de *terminación en los contratos de tracto sucesivo*. La terminación sólo

---

[43] **Art. 17 C.P.C.:** *"En un mismo juicio podrán entablarse dos o más acciones* ***con tal que no sean incompatibles****. Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas* ***una como subsidiaria de otra****"*.

[44] Véase el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

puede tener efectos hacia lo futuro (*ex nunc*),[45] la resolución puede tener efecto retroactivo (*ex tunc*).[46]

Resolución y rescisión: Rescisión es sinónimo de nulidad relativa. La nulidad tiene causales (presentes al momento de contratar) que invalidan el acto o contrato, mientras no se declare judicialmente la nulidad el acto es *anulable*. La resolución, procede en virtud del incumplimiento (hecho posterior a la celebración) de un contrato plenamente válido y que produce todos sus efectos.

Resolución y resciliación: La resciliación o mutuo discenso, consiste en dejar sin efecto un contrato por *mutuo acuerdo entre las partes*. En la resolución, el contrato queda sin efecto porque el juez lo declaró así, a raíz del incumplimiento de una de las partes.

Resolución y revocación: La revocación consiste en dejar sin efecto un acto, en virtud de la voluntad unilateral de su autor, por ejemplo, revocación del testamento. La revocación cabe por regla general en los actos unilaterales; excepcionalmente cabe en los contratos, y ocurrirá cuando una de las partes unilateralmente le ponga fin, v. gr., revocación del mandante en el contrato de mandato.

10.5) Efectos de la condición resolutoria tácita

En general, son los mismos estudiados a propósito de la condición resolutoria. Sin embargo, precisaremos respecto de lo siguiente:

- En cuanto a la obligación de restituir del deudor condicional; y
- En cuanto a los efectos respecto de terceros, particularmente en relación a las enajenaciones y gravámenes.

Restitución de la cosa. Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente en

[45] **EX NUNC:** Desde ahora; se aplica cuando quiere aludirse a la irretroactividad. CISNEROS F., GERMÁN, *Diccionario de frases y aforismos latinos*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Ciudad Universitaria, México D.F., 2003, p. 38.

[46] **EX TUNC:** Desde entonces; características de las normas que tienen efecto retroactivo. CISNEROS F., GERMÁN, ibid.

cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere (art. 1487).

Enajenaciones y gravámenes a terceros. A este respecto, se aplican los artículos 1490 y 1491. Esta normativa es importante, porque se aleja del criterio seguido en los efectos de la nulidad respecto de terceros. Recordemos que el artículo 1689 establece que la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, no distinguiendo si estos últimos estaban o no de buena o mala fe. En la resolución, sí importa la actitud de los terceros, vale decir, **es preciso distinguir si estaban o no de buena o mala fe**.

Si el que debe una **cosa mueble** a plazo, o bajo condición suspensiva o **resolutoria**, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de **buena fe** (art. 1490).

Si el que debe un **inmueble** bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, **sino cuando la condición constaba** en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública (art. 1491).

10.6) Pacto comisorio

El pacto comisorio, se encuentra definido expresamente en el artículo 1887 inciso primero, el cual dispone: *"Por el pacto comisorio se estipula expresamente que, no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato de venta"*. No se trata de la condición resolutoria tácita expresada, toda vez que el incumplimiento en la condición resolutoria tácita puede ser cualquiera, en cambio, en el pacto comisorio el incumplimiento es específico: *el no pago del precio en el tiempo convenido.* El artículo 1879, consagra el llamado pacto comisorio *calificado:* Si se estipula que por no pagarse el precio al tiempo convenido, se resuelva *ipso facto* el contrato de venta, el comprador podrá, sin embargo, hacerlo subsistir, pagando el precio, lo más tarde, en las veinticuatro horas subsiguientes a la notificación judicial de la demanda.[47]

[47] El detalle del pacto comisorio, se analizará al estudiar los pactos accesorios al contrato de compraventa, en el curso de Fuentes de las obligaciones. Véase NAVARRO A., RENÉ, *Teoría General del contrato y contratos en particular*, ob. cit., p. 151.

11) Obligaciones sujetas a plazo

11.1) Generalidades y concepto

La reglamentación de las obligaciones sujeta a plazo, se encuentra: en el título preliminar (arts. 48 a 50); en el tít. 5º del Libro IV (arts. 1494 a 1498); y en el tít. 4º del Libro III (arts. 1056 y ss.).

Conforme el inciso primero del artículo 1494, el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo. Doctrinariamente, se ha dicho que el plazo es el hecho futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho. Es característica esencial del plazo su **certidumbre**, con ello se diferencia ostensiblemente de la condición; el plazo se sabe que llegará, por ello no existen plazos fallidos: *todo plazo se cumple* …

A propósito de las *asignaciones testamentarias a día* (tit. 4º del Libro III), el Código se preocupó de precisar cuándo hay certidumbre que el hecho ocurrirá (*plazo*) y cuando no (*condición*). Así, son plazos una fecha determinada (31 de octubre de 1976), minutos, horas, días, meses, años.[48] No importa tampoco, que se sepa cuándo el hecho va a ocurrir, como en los plazos indeterminados, por ello la muerte de una persona es un plazo, se sabe que llegará,[49] pero no se sabe cuándo: *certus et incertus quando.*

El plazo siempre opera para lo futuro, jamás operará con efecto retroactivo. Es sinónimo de plazo, la expresión *término.*

11.2) Clasificación del plazo

i) Según se sepa o no cuándo ocurrirá el hecho, el plazo se clasifica en *determinado* e *indeterminado.* **Determinado**, es aquel en el cual se sabe que el hecho sucederá y se sabe cuándo. Es **indeterminado**, aquel plazo en el cual se sabe que el hecho sucederá, pero no se sabe cuándo.[50]

[48] El plazo más corto del Código Civil, es el establecido en el artículo 74.

[49] Es lo único que sabemos a ciencia cierta.

[50] **Art. 1081:** *"El día es cierto y determinado si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador. Es cierto, pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona. Es incierto, pero determinado, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años. Finalmente, es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case".*

ii) Según se extinga o no irrevocablemente el derecho, el plazo se clasifica en *fatal* y *no fatal.* **Fatal**, es aquel plazo que al momento de llegar su vencimiento, se extingue irrevocablemente el derecho que debió haberse ejercitado dentro del término señalado. **No fatal**, es aquel en que no obstante haberse cumplido el tiempo, el derecho aun puede ejercerse.

    Cuando se dice que un acto debe ejecutarse ***en*** o ***dentro de*** cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo; y cuando se exige que haya transcurrido un espacio de tiempo para que nazcan o expiren ciertos derechos, se entenderá que estos derechos no nacen o expiran sino después de la medianoche en que termine el último día de dicho espacio de tiempo (art. 49).

    Los plazos que establece el Código de Procedimiento Civil (C.P.C.), **son fatales**, cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquéllos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal (plazos judiciales). En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo (porque se trata de plazos **fatales**). En estos casos el tribunal, de oficio o a petición de parte, proveerá lo que convenga para la prosecución del juicio, sin necesidad de certificado previo (art. 49 C.P.C.).

iii) Según se exprese o no, el plazo puede ser *expreso* o *tácito.* La regla general es que el plazo sea expreso, pues como se trata de una modalidad (elemento accidental, conforme el artículo 1444) deben las partes agregarlo en forma explícita. Plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser **expreso** o **tácito**. Es tácito el indispensable para cumplirlo (art. 1494).

iv) Según su fuente, los plazos se clasifican en *voluntarios, legales* y *judiciales.* Son **voluntarios** (o convencionales) aquellos que fijan libremente las partes en un acto o contrato, o el testador en su testamento; éstos, constituyen la regla general. Son **legales**, aquellos que establece directamente la Ley, v. gr., los plazos de la prescripción. Son **judiciales**, aquellos que establezca el juez. Estos plazos judiciales, conforme el art. 49 del C.P.C. no son fatales.

v) Según se suspendan o no por la presencia de días feriados, los plazos pueden ser *continuos (corridos)* o *discontinuos.* Son **continuos**, o de días corridos los que corren sin interrumpirse durante los feriados. Son **discontinuos** o de días útiles, aquellos que se suspenden durante los días feriados, y no se toman en cuenta para el cómputo del plazo. La regla general a este respecto, está contenida en el artículo 50, el cual dispone que en los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados. La excepción más amplia, es la de los plazos de días del Código de Procedimiento Civil: Los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados, salvo que el tribunal, por motivos justificados, haya dispuesto expresamente lo contrario. Lo anterior no regirá con los asuntos indicados en el inciso 2 del artículo 314 del Código Orgánico de Tribunales respecto del feriado de vacaciones (art. 66 C.P.C.).

vi) Según suspendan el ejercicio del derecho o extingan el derecho, el plazo se clasifica en **suspensivo** y **extintivo**. Plazo **suspensivo**, es aquel que *suspende el **ejercicio del derecho**, sólo el ejercicio, porque el derecho ya nació.* En esto difiere de la condición suspensiva, la cual consistía en un hecho futuro e incierto del cual dependía el *nacimiento de un derecho.* Plazo **extintivo**, es aquel que por su llegada, extingue el derecho y su obligación correlativa. En consecuencia, el plazo extintivo es también un **modo de extinguir las obligaciones**, aunque no esté expresamente enumerado en el artículo 1567.

11.3) Efectos del plazo

Para estudiar este tema, distinguiremos entre los efectos del plazo suspensivo antes y después de su vencimiento, y respecto de los efectos del plazo extintivo.

A) Efectos del plazo suspensivo antes de su vencimiento

El plazo suspensivo se parece a la condición suspensiva, porque en ambos existe un hecho futuro. La diferencia estriba en que,

el hecho efectivamente *sucederá* en el plazo suspensivo, y no están comprometidos el derecho y la obligación en su existencia, sino solamente en su exigibilidad. Ello se desprende de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1084: *"La asignación desde día cierto y determinado da al asignatario, desde el momento de la muerte del testador, la propiedad de la cosa asignada y el derecho de enajenarla y transmitirla; pero no el de reclamarla antes que llegue el día"*.

De lo anterior, se desprenden importantes consecuencias:

i) Lo que se paga antes de cumplirse el plazo, no está sujeto a restitución. Esta regla no se aplica a los plazos que tienen el valor de condiciones (art. 1495). Como la obligación existe, si se paga antes de vencerse el plazo, lo que ha pasado es que el deudor ha renunciado al plazo, y el cumplimiento tiene una causa suficiente; no es un pago indebido como en el caso del pago en las condiciones suspensivas mientras pende la condición;

ii) Sin dudas, el acreedor a plazo puede impetrar medidas conservativas (con mucho mejor derecho que el acreedor condicional);

iii) El derecho y la obligación a plazo se transmiten, si no fueren obligaciones *intuito personæ*;

iv) Si bien el derecho existe, *no puede todavía exigirse*, por ello el acreedor no puede exigir compulsivamente la prestación (no puede demandar el cumplimiento). El deudor *no está en mora* mientras no se cumple el plazo, no está corriendo la *prescripción extintiva*, ni puede operar la *compensación*.

B) Efectos del plazo suspensivo llegado el día de su vencimiento

Desde que el plazo se cumple, el acreedor puede *exigir el cumplimiento de la prestación*. De lo anterior se desprende que:

i) Comienza a correr la *prescripción extintiva*, toda vez que ésta se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible (art. 2514);

ii) Puede operar la *compensación*, ya que supone (entre otros requisitos) que las deudas que se extinguen por este mecanismo liberatorio sean *actualmente exigibles*;

iii) Si el plazo es *convencional*, por regla general a su sola llegada el deudor *queda constituido en mora*, si no cumple su obligación (art. 1551 Nº 1).

C) Efectos del plazo extintivo

Mientras el plazo extintivo esté pendiente, produce todos sus efectos el acto o contrato como si fuere *puro y simple*. Vencido el plazo, se produce de pleno Derecho la extinción del derecho y la obligación correlativa. Como se dijo, el plazo extintivo constituye un modo de extinguir las obligaciones, no contemplado en el artículo 1567.

Se asimila a la condición resolutoria, pero ésta tiene ciertos efectos retroactivos, mientras que el plazo extintivo *sólo opera hacia lo futuro*. Además, algunas condiciones resolutorias requieren sentencia judicial, mientras que el plazo extintivo, como opera de pleno Derecho, no.

11.4) Extinción del plazo

Son tres las vías en virtud de las cuales, el plazo se extingue: por su *cumplimiento* (que también se llama vencimiento); por *renuncia* al plazo; y por *caducidad* del plazo.

A) Cumplimiento del plazo

El vencimiento, es la *forma normal* en que el plazo se extingue, y consiste en la llegada o cumplimiento del tiempo[51] previsto en él. Para determinar cuándo el plazo está cumplido, deben aplicarse las reglas de los artículos 48 y siguientes.

[51] La noción de plazo, está íntimamente vinculada con la de **tiempo**. El diccionario de la R.A.E., define tiempo como la magnitud física que permite ordenar la secuencia de los sucesos, estableciendo un pasado, un presente y un futuro. Su unidad en el Sistema Internacional es el segundo. Las formas e instrumentos para medir el tiempo son de uso muy antiguo y todas ellas se basan en la medición del movimiento, del cambio material de un objeto a través del tiempo, que es lo que puede medirse. En un principio se comenzaron a medir los movimientos de los astros, básicamente el movimiento aparente del Sol, dando lugar al tiempo solar aparente. El desarrollo de la astronomía hizo que, de manera paulatina, se fueran creando diversos instrumentos, tales como los relojes de sol, las clepsidras (reloj de agua) o los relojes de arena. Posteriormente, la determinación de la medida del tiempo se fue perfeccionando hasta llegar al reloj atómico (http://es.wikipedia.org).

B) Renuncia del plazo

La renuncia del plazo es un beneficio de una o ambas partes, y conforme el artículo 12, el plazo es *renunciable*. Corresponderá el derecho a renunciarlo, a quien le beneficie, normalmente al deudor. Existen casos en que el plazo aprovecha al acreedor, o a ambos.

Conforme el artículo 1497, *el deudor puede renunciar el plazo*, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifiestamente evitar. En el contrato de mutuo a interés se aplica el artículo 2204. Esta última norma, dispone que podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses.

La Ley Nº 18.010, sobre *operaciones de crédito de dinero*, establece en su artículo 10 que en los pagos anticipados de una operación de crédito de dinero, serán convenidos libremente entre acreedor y deudor. Sin embargo, en las operaciones de crédito de dinero cuyo importe en capital no supere el equivalente a 5.000 unidades de fomento, el deudor que no sea una institución fiscalizada por la Superintendencia de Bancos o el Fisco o el Banco Central de Chile, podrá anticipar su pago, **aun contra la voluntad del acreedor**, siempre que:

a) Tratándose de operaciones no reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, no podrá exceder el valor de un mes de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga;

b) Tratándose de operaciones reajustables, pague el capital que se anticipa y los intereses pactados calculados hasta la fecha de pago efectivo, más la comisión de prepago. Dicha comisión, no podrá exceder el valor de un mes y medio de intereses pactados calculados sobre el capital que se prepaga.

Los pagos anticipados que sean inferiores al 25% del saldo de la obligación, requerirán siempre del consentimiento del acreedor.

El derecho a pagar anticipadamente en los términos de la Ley Nº 18.010, es irrenunciable.

C) Caducidad del plazo

La caducidad del plazo, consiste en la extinción anticipada del mismo en los casos previstos por la convención o señalados por la Ley.

No obstante faltar todavía tiempo para que se extinga el plazo, en virtud de la caducidad del término, el acreedor puede exigir el cumplimiento anticipado de la obligación. Esta institución, está establecida en beneficio del acreedor.

Son dos las formas de caducidad del plazo: caducidad *convencional* y caducidad *legal*. Esta última, tiene dos subvariantes y se encuentra establecida en el artículo 1496.

i) *Caducidad convencional del plazo*. Se produce en aquellos casos que expresamente se establezca en el contrato, vale decir, el acreedor se reserva el derecho a exigir todo o parte de la obligación, en el evento de cumplirse una condición. La caducidad convencional del plazo se basa en el principio de la autonomía de la voluntad.[52]

ii) *Caducidad legal del plazo*. La caducidad *legal* del plazo se encuentra establecida en el artículo 1496, y contempla *tres hipótesis*. Dos en el numeral primero de dicho artículo, y otra en el segundo, la cual además, contiene una contraexcepción:

Art. 1496. *"El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es:*

1. *Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia;*
2. *Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones".*

[52] Esta temática, se estudia con profundidad en Derecho Comercial, a propósito de la llamada **cláusula de aceleración** que se incluye en los títulos de crédito a plazo. Vid. CUNEO M., ANDRÉS, "Títulos de crédito, acciones cambiarias y reglas de interpretación de los contratos. Reflexiones a partir de la jurisprudencia reciente sobre la cláusula de aceleración", en Anexo *Gaceta Jurídica* año 1991, Nº 134.

12) OBLIGACIONES MODALES

Obligaciones modales, son aquellas que contienen como elemento accidental un modo.[53]

El modo no aparece tratado en nuestro Código en la parte dedicada a las obligaciones (Libro IV), sino que aparece en el Libro III, artículos 1.089 a 1.096, esto es, en el título de las Asignaciones Testamentarias. Sin embargo, ello no obsta a que sea aplicado a materia contractual.

Puede definirse al modo como *la carga que se impone a una persona, en beneficio propio o de un tercero* (art. 1.089). El modo no es condición ni plazo, es una determinación accesoria agregada a un contrato o acto de disposición. Por esta determinación, el adquirente se obliga a realizar una prestación en favor del disponente o un tercero.

Ejemplo: Te doy esta biblioteca, pero deberás ayudar a Santiago para que finalice sus estudios de Derecho. El modo no es una condición, porque no suspende la adquisición de un derecho (art. 1.091). El derecho cargado con el modo se adquiere pura y simplemente, sólo sujeto a la carga modal.

Los artículos 1.093 y 1.094 señalan la forma de cumplimiento del modo:

- Si el modo es imposible por su propia naturaleza, ya sea imposibilidad moral o física, o la cláusula que lo contiene está concebida en términos ininteligibles, no valdrá la disposición;
- Si el modo es imposible tan solo en la forma especial en que fue impuesto, y en dicha imposibilidad no está involucrada la culpa del obligado a cumplirlo, podrá cumplirse por **analogía**, previa autorización del juez, el que dictará tal resolución con citación de los interesados;
- Si el modo, sin culpa del obligado a cumplirlo, se hace imposible de cumplir, desaparece la carga modal y el derecho subsiste pura y simplemente;
- Si el modo está estipulado en forma oscura, el juez podrá determinarlo en cuanto a su tiempo y forma, siguiendo

[53] No confundir obligaciones modales, con obligaciones sujetas a modalidad (plazo, condición, modo, etc).

–en la forma más fiel posible– la voluntad del que lo estipuló.

En cuanto al incumplimiento del modo, hay que distinguir **si existe o no cláusula resolutoria**.

Si no hay cláusula resolutoria, cabe precisar dos situaciones: i) Si la carga es en beneficio del solo deudor modal, no impone obligación alguna (art. 1.092); ii) Si la carga está establecida en beneficio de un tercero, éste podrá pedir su cumplimiento forzado o la indemnización de perjuicios.

Si existiere cláusula resolutoria, la que debe ser siempre expresa, se produce la situación contemplada en el art. 1.090, cuyas reglas son:

"En las asignaciones modales se llama ***cláusula resolutoria*** *la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo.*

No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa".

CAPÍTULO NOVENO

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES EN EL CUMPLIMIENTO

I. GENERALIDADES

Esta temática, tiene distinto tratamiento en la doctrina nacional. Algunos autores,[1] basados en nuestro Código y en las doctrinas inspiradas en el Código Civil francés de 1804, señalan que los efectos de las obligaciones son los derechos que la Ley le confiere al acreedor, para exigir del deudor el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación, cuando éste no cumpla en todo o parte o está en mora de cumplirla. Dicho de otra manera, los efectos de las obligaciones están relacionados con el ***incumplimiento*** de las mismas. El Código Civil, rubrica el epígrafe del título XII del Libro IV, como *Del efecto de las obligaciones*, y trata allí principalmente el incumplimiento de las obligaciones, toda vez que el cumplimiento (pago), lo reglamenta en los *modos de extinguir* (§ 1º del título XIV del Libro IV).

Autores contemporáneos, basados en la doctrina del Código Civil italiano y suizo,[2] señalan que el principal efecto de la obligación, es su **cumplimiento**, y a falta de éste, se generan los efectos propios del incumplimiento.

Así las cosas, en este curso se analizarán los efectos de las obligaciones, en primer lugar, a propósito de su cumplimiento, y en la próxima unidad, en cuanto a su incumplimiento.

---

[1] MEZA BARROS, ob. cit., pp. 157 y ss.; RAMOS PAZOS, ob. cit., pp. 229 y ss.

[2] FUEYO, ob. cit., pp. 47 y ss., ABELIUK, ob. cit., pp. 367 y ss.

II. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES EN EL CUMPLIMIENTO

Las obligaciones, nacen para extinguirse. El principal efecto de las obligaciones, desde la perspectiva de su cumplimiento es, sin duda, el pago.

III. EL PAGO O SOLUCIÓN

1) Generalidades y concepto

Etimológicamente hablando, el pago o solución encuentra su origen en las voces latinas *solutio* y *solvere* que significan soltarse de la amarra (*obligatio*) que se tenía.

En nuestro Código Civil, el pago encuentra su regulación en el párrafo 1º del título XIV, del Libro IV, dentro de *los modos de extinguir las obligaciones*. El artículo 1598, señala que el pago efectivo **es la prestación de lo que se debe**. Doctrinariamente, se señala que el pago es una *convención* (acto jurídico bilateral), en virtud de la cual el *solvens* y el *accipiens* extinguen derechos y obligaciones.[3]

Sin perjuicio que el pago es una *convención*, vale decir, requiere del acuerdo de las voluntades, es menester destacar desde ya que el deudor no sólo tiene la obligación de pagar, sino que además tiene el *derecho de liberarse o soltarse*, aun contra la voluntad del acreedor.[4]

El pago, es el cumplimiento de la obligación en la forma que en ella se encuentra establecida, por tal razón el artículo 1598 señala que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe. En las obligaciones que contienen *prestaciones de dar*, el pago equivale a tradición.

Como se trata de un acto jurídico bilateral (convención), el pago requiere del acuerdo de dos voluntades, la del *solvens* y la del *accipiens*. A las partes en el pago, nos referiremos a continuación.

---

[3] Según el diccionario de la R.A.E., cancelar (en una de sus acepciones) significa acabar de pagar una deuda. Para el curso, el deudor paga, no cancela. Quien cancela la deuda, es el acreedor luego que el deudor paga.

[4] Esta temática se estudia en el pago por consignación.

2) El *solvens*

2.1) Quién es el *solvens*

Solvens, es quien puede pagar; dicho de otra manera, es aquel sujeto por quien puede hacerse el pago. No lo asimilamos únicamente al deudor, toda vez que existen tres categorías de sujetos por quien puede hacerse el pago:

– El deudor;
– Un sujeto interesado; e incluso
– Un extraño.

Pago hecho por el deudor: por deudor, entendemos al deudor mismo en la relación jurídico-obligacional, y también a su representante (legal o convencional).

Pago hecho por un sujeto interesado: dentro de esta categoría encontramos al fiador y al co-deudor solidario. Estos pagos, extinguen la obligación entre acreedor y deudor, pero no la relación jurídica que pueda existir entre el deudor y su fiador o su co-deudor solidario en su caso.[5]

Pago hecho por un extraño: Esta hipótesis no cabe, respecto de aquellas obligaciones que sólo puede cumplir el deudor en persona (personalísimas), v. gr., obligaciones de hacer *intuito personæ* (a menos que el acreedor consienta en ello).

El tercero extraño que paga puede hacerlo, *con o sin el consentimiento* del deudor. En este último caso, a su vez, puede tratarse de un pago *contra la voluntad* del deudor o *ignorándolo* el deudor.

Cuando el tercero extraño, *paga con el consentimiento* del deudor, opera aquí un *mandato*, y el tercero se transforma en un *diputado para el pago*. Si el mandatario (diputado) paga con dineros propios, se subroga legalmente en los derechos del acreedor (art. 1610 Nº 5) y además puede ejercer las acciones propias del mandato.

Si el tercero extraño paga **ignorándolo el deudor**, se transforma en un *agente oficioso* del deudor, aplicándose aquí las reglas del cuasicontrato de *agencia oficiosa* (arts. 2286 y ss). La acción derivada de este cuasicontrato es la *actio negotiorum gesturum*.[6]

---

[5] Vid. la clasificación de las obligaciones en cuanto a los sujetos.

[6] El detalle de la agencia oficiosa, se estudia en el curso de *fuentes de las obligaciones.*

En el caso que el tercero realice un pago *contra la voluntad del deudor*, existe discrepancia doctrinal en cuanto a los efectos, habida cuenta a la aparente antinomia entre los artículos 1574 y 2291.

Art. 1574: *"El que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado; a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción".*

Art. 2291: *"El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado".*

René Abeliuk, señala que por razones de justicia, parece preferible de todas maneras reconocer al *solvens* el derecho de repetición si la gestión ha sido útil.[7]

2.2) Requisitos del *solvens* en el pago de las obligaciones de dar

Recordemos que el pago en las obligaciones de dar equivalía a tradición, luego deben cumplirse los siguientes requisitos del *solvens* en el pago de aquellas obligaciones que contengan prestaciones de dar:

i) El pago debe hacerlo el dueño, su representante o su sucesor; y
ii) El *solvens* debe tener facultad (capacidad) para enajenar.

Art. 1575: *"El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño.*

Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar.

Sin embargo, cuando la cosa pagada es fungible y el acreedor la ha consumido de buena fe, se valida el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar".

[7] Véase la discusión entre Leopoldo Urrutia, Ruperto Bahamondes y Luis Claro Solar en Abeliuk, ob. cit., pp. 384 y ss.; Fueyo, ob. cit., pp. 74 y ss.

3) EL *ACCIPIENS*

El *accipiens*, es aquel sujeto que debe recibir el pago o a quien debe hacerse éste. No nos referimos necesariamente al acreedor, toda vez que existen las siguientes posibilidades de *accipiens*:

– El acreedor;
– Un representante del acreedor;
– El poseedor del crédito.

Pago hecho al acreedor mismo: puede tratarse del mismo acreedor, o todos los que le sucedan a título *universal* o *singular*.

Con todo, es inválido el pago hecho al acreedor mismo (art. 1578):

– Si el acreedor *no tiene la libre administración de sus bienes*. A menos que este pago hubiere hecho más rico al incapaz y este provecho se justifique;
– Si existe embargo del crédito o retención judicial;
– Si el acreedor cae en quiebra.[8]

Pago hecho a un representante del acreedor: El representante puede ser legal o convencional o judicial.

En el caso del representante convencional, existe un mandato, que se denomina diputación para recibir el pago.

La diputación para recibir el pago puede conferirse por poder general para la libre administración de todos los negocios del acreedor, o por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que está comprendido el pago, o por un simple mandato comunicado al deudor (art. 1580). Puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla, vale decir, el mandante debe ser plenamente capaz y el mandatario podría ser incapaz relativo (art. 1581).

Conforme los artículos 1582 del C.C. y 7º inciso 2º del C.P.C., el mandatario judicial requiere mención especial expresa para recibir pagos.[9]

---

[8] Si es declarada judicialmente la quiebra del acreedor, el pago debe realizarse al **síndico de la quiebra**. Esta temática corresponde al Derecho Comercial.

[9] Salvo el caso del **endoso en cobro**. Conforme el inciso 2º del artículo 29 de la Ley Nº 18.092 sobre letra de cambio y pagaré, el endosatario en cobranza puede cobrar y percibir, incluso judicialmente, y tiene todas las atribuciones propias del

La facultad de recibir por el acreedor no se transmite a los herederos o representantes de la persona diputada por él para este efecto, a menos que lo haya expresado así el acreedor (art. 1583). La persona designada por ambos contratantes para recibir, no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor; el cual, sin embargo, podrá ser autorizado por el juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello (art. 1584). Si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo, o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido. Y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello (art. 1585). La persona diputada para recibir se hace inhábil por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes o haberse trabado ejecución en todos ellos; y en general por todas las causas que hacen expirar un mandato (art. 1586).

Pago hecho al poseedor del crédito: Esta temática fue estudiada a propósito del objeto en la posesión.[10] Allí se expresó que el inciso segundo del artículo 1576, ha llevado a parte de la doctrina a sostener la posibilidad de poseer los derechos personales.

> **Art. 1576 inc. 2º:** *"El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".*

En el caso del inciso segundo del artículo 1576, para que surta efectos el pago debe realizarse al *acreedor aparente o putativo* (poseedor del crédito) y de *buena fe*. Según Abeliuk,[11] esta norma legitima el pago hecho al acreedor putativo, acogiendo la *teoría de la apariencia* y del *error común*.

Con todo, si el pago no fuere realizado a algunos de los *accipiens*, señalados precedentemente, no produce el efecto de extinguir la obligación. Así lo dispone el artículo 1576; a menos

mandatario judicial comprendidas también aquellas que conforme a la ley requieren mención expresa (véase el inciso 2º del artículo 7º del C.P.C.).

[10] NAVARRO A., RENÉ, *Derecho de los bienes*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.

[11] Ob. cit., pp. 331 y ss.

que nos encontremos en las hipótesis de excepción señaladas en el artículo 1577 (ratificación del acreedor; confusión):

Art. 1576: *"Para que el pago sea válido, debe hacerse o al acreedor mismo (bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aun a título singular), o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro.*

El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

Art. 1577: *"El pago hecho a una persona diversa de las expresadas en el artículo precedente es válido, si el acreedor lo ratifica de un modo expreso o tácito, pudiendo legítimamente hacerlo; o si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera.*

Cuando el pago hecho a persona incompetente es ratificado por el acreedor, se mirará como válido desde el principio".

4) Lugar del pago

Esta temática, responde a la pregunta *dónde debe hacerse el pago,* la cual es relevante para la materialización del cumplimiento, y además para determinar la competencia de los tribunales.[12]

Para determinar dónde debe hacerse el pago, se siguen las siguientes reglas:

i) En virtud del principio de autonomía de la voluntad, la primera regla señala que el pago debe hacerse en el *lugar designado por la convención* (art. 1587);

ii) Si no se ha estipulado lugar para el pago y *se trata de un cuerpo cierto,* se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa se hará el pago en el domicilio del deudor (art. 1588);

iii) Si hubiere *mudado de domicilio* el acreedor o el deudor entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería (sub-

[12] Véanse los artículos 134 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

siste el primer domicilio), salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa (art. 1589).

5) Momento del pago

Esta temática, responde a la pregunta *cuándo debe hacerse el pago.* El pago debe verificarse al tenor de la obligación, vale decir, al momento en que se haga exigible. En este entendido, es menester distinguir:

i) Si se trata de una obligación *pura y simple*, debe efectuarse el pago inmediatamente, al momento en que se contrae;[13]

ii) Si se trata de una obligación sujeta *a plazo*, debe efectuarse el pago al momento de su vencimiento; y

iii) Si se trata de una obligación *condicional*, al momento de cumplirse la condición.

6) Forma de pago

En esta materia, responderemos la pregunta *cómo debe hacerse el pago.* Conforme al artículo 1569, el pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación. La regla general, constituye el **cumplimiento literal**, toda vez que el contrato es una *ley para los contratantes* (art. 1545).

Para que exista *cumplimiento* propiamente dicho en el pago, deben cumplirse las siguientes exigencias:

i) Debe existir **identidad** del pago, vale decir, debe pagarse lo que se debe y no otra cosa;

ii) Debe existir **integridad** en el pago, esto es, el cumplimiento ha de ser total; y

iii) Debe existir **indivisibilidad** del pago, vale decir, el cumplimiento debe verificarse de una sola vez, no por parcialidades.

6.1) Identidad del pago

Desde el punto de vista activo, el acreedor no está obligado a recibir una prestación diferente; lo mismo ocurre desde el punto de vista pasivo, el deudor no está obligado a algo distinto.

[13] Sin perjuicio del plazo tácito (art. 1494).

Dentro del ítem *identidad del pago*, cabe formularnos la pregunta *qué se debe pagar*, para ello es preciso distinguir en relación al tipo de prestación que contienen las obligaciones:

- En las obligaciones de *hacer*, se cumple realizando la conducta obligada;
- En las obligaciones de *no hacer*, se cumple absteniéndose;
- En las obligaciones de *dar* un *género*, el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo, y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana (art. 1509). La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe;
- En las obligaciones de *dar* una *especie o cuerpo cierto*, el deudor está obligado a dar (enajenar), entregar y conservar hasta la entrega (art. 1548).

6.2) Integridad del pago

Bajo esta rúbrica, se expresa que el pago debe ser total. Ello trae las siguientes consecuencias:

- El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales (art. 1591 inc. 1º);
- El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban (art. 1591 inc. 2º); y
- Los gastos del pago, son por regla general del deudor (art. 1571).

6.3) Indivisibilidad del pago

Ya dijimos, que en virtud de la *integridad del pago*, el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba. Ésta, es la regla general, la cual admite las siguientes excepciones:

- Que se hubieren estipulado cuotas o fracciones;
- En las obligaciones mancomunadas;

- En el beneficio de división y excusión en la fianza;
- A propósito de la discusión judicial respecto del monto adeudado;
- En la compensación; y
- En la insolvencia del deudor.

7) Gastos del pago

Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales (art. 1571).

8) Imputación del pago

La imputación del pago (arts. 1595 a 1597), consiste en su aplicación a determinada obligación. Para que suscite interés, es necesario:

i) Varias obligaciones entre acreedor y deudor; o una obligación con accesorios (intereses generalmente) y que los acreedores y deudores desempeñen el mismo papel jurídico;

ii) Obligaciones de la misma naturaleza (generalmente dinero); y

iii) Que el pago no sea bastante para extinguir todas las obligaciones y sus accesorios.

Puede hacer la imputación *primero* el deudor, en *segundo lugar* el acreedor, y *finalmente* la Ley.

Si realiza la imputación el *deudor*, en primer lugar debe pagar los intereses, luego las obligaciones vencidas, y finalmente las que se extinguen completamente.

Si la imputación la realiza el *acreedor*, ante la inactividad del deudor, lo especificará en la carta de pago y si el deudor la acepta, no le será lícito reclamar después.

Finalmente la *ley*, dispone que si ninguna de las partes ha imputado el pago, se preferirá la deuda que al tiempo del pago estaba devengada a la que no lo estaba; y no habiendo diferencia bajo este respecto, la deuda que el deudor eligiere (art. 1597).

9) Prueba del pago

Sin duda, la prueba del pago tiene absoluta relevancia para el *deudor*, toda vez que si no lo acredita se podría exponer a un nuevo cobro. La forma normal de probar el cumplimiento es la *carta de pago* o *recibo*.

Dentro de la prueba del pago, es preciso referirnos a las *presunciones legales de pago*.

El inciso segundo del artículo 1595, señala que si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, *se presumen* éstos pagados. Esta norma, se relaciona con la contenida en el artículo 17 de la Ley Nº 18.010 el cual establece que *si el acreedor otorga recibo del capital, se presumen pagados los intereses y el reajuste*, en su caso.

En los *pagos periódicos* la carta de pago de *tres períodos determinados y consecutivos* hará presumir *los pagos de los anteriores períodos*, siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor (art. 1570). El *recibo por los intereses correspondientes a tres períodos consecutivos de pago*, hace presumir que los anteriores han sido cubiertos. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los recibos por el capital cuando éste se deba pagar en cuotas (art. 18 Ley Nº 18.010).

El finiquito de una cuenta hará presumir el de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos (art. 120 C. Com).

10) Modalidades del pago

Bajo este título, estudiaremos brevemente las modalidades del pago, que son aquellas en que se alteran las reglas generales del pago.[14] Son modalidades del pago: el pago por consignación, el pago con subrogación, la dación en pago.

10.1) El pago por consignación[15]

Ya expresamos, que el deudor no sólo tiene el deber jurídico (la obligación) de pagar, sino que además tiene el derecho a *liberarse*: tiene derecho a pagar. De esta noción, surge la institución del

[14] Abeliuk, ob. cit., p. 405.
[15] Ibid.

pago por consignación, cuyo tratamiento se encuentra en los artículos 1598 y siguientes del Código Civil.

La negativa del acreedor de recibir el pago, no es excusa para el deudor, no justifica su incumplimiento, toda vez que le queda a salvo la vía del *pago por consignación*, que puede definírselo como aquel pago realizado, con las formalidades legales, ante la *negativa*, *no comparecencia* o *incertidumbre* del acreedor. Por su parte, la *consignación* se define como el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona (art. 1599).

El pago por consignación es un procedimiento, vale decir, una secuencia de actos concatenados a la consecución de un fin. Está compuesto de una *oferta* y una *consignación*, y dentro de esta última encontramos el *depósito* y la *suficiencia del pago*.

Oferta (art. 1600). Es oferta, el acto por el cual el *solvens* manifiesta al acreedor su intención de pagar. Son requisitos *de fondo* de la oferta, la capacidad del oferente, el lugar del pago, y la oportunidad del pago. Son requisitos *de forma* de la oferta, el procedimiento específico que debe utilizarse en ésta, vale decir, la presencia de un funcionario público que actúa como *ministro de fe*,[16] y efectúa una oferta labial al acreedor y además levanta un acta de lo obrado con el resultado de la diligencia. La oferta es una gestión extrajudicial.

Con todo, existen casos en donde se altera este procedimiento, o bien no es necesaria la oferta, estos son:

– *Imposibilidad de ubicar al acreedor*. En estos casos (art. 1602), la oferta se hará en este caso al tesorero comunal respectivo, quien se limitará a tomar conocimiento de ella y el deudor podrá proceder a la consignación;
– *Pagos periódicos de una misma obligación*. En estos casos, sólo se cumple con todo el procedimiento en el primer pago; las cuotas siguientes a la que se haya consignado se depositarán en la cuenta bancaria del tribunal sin necesidad de nuevas ofertas (art. 1601 inc. 5º);

[16] Notario Público, Receptor Judicial u Oficial de Registro Civil, en aquellos lugares que no hubiere notario.

- *Arrendamiento de predios urbanos.* Conforme el artículo 23 de la Ley Nº 18.101, en caso de negativa del arrendador a recibir el pago de la renta, puede el arrendatario depositarla en la oficina de la Tesorería General de la República de la comuna en donde se encuentre el inmueble;
- *Demanda del acreedor.* si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de la obligación o deduce cualquiera otra acción que pueda enervarse mediante el pago de la deuda, bastará que la cosa debida con los intereses vencidos, si los hay, y demás cargos líquidos, *se consigne a la orden del tribunal*[17] que conoce del proceso en alguna de las formas que señala el artículo 1601, sin necesidad de oferta previa. En este caso la suficiencia del pago será calificada por dicho tribunal en el mismo juicio (art. 1600 inc. final);
- *Letras de cambio.* Basta para su pago el depósito de su valor en la Tesorería comunal respectiva el día de su vencimiento, pero siempre que el documento señale la comuna correspondiente al lugar de pago (art. 70 Ley Nº 18.092).

Resultado de la oferta. Verificada la oferta, se pueden producir dos situaciones: que el acreedor acepte el pago, con lo cual finaliza el procedimiento; o bien, que el acreedor la rechace, no sea habido o se mantenga la incertidumbre respecto de su persona, en cuyo caso se pasa a la siguiente etapa, cual es, la *consignación propiamente tal.*

La consignación y su calificación. La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, o de la incertidumbre acerca de la persona de éste, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona (art. 1599). Se distinguen en la *consignación* dos etapas: el depósito y la calificación.

El depósito. Es un acto extrajudicial y al cual no se puede oponer el acreedor. Para determinar dónde se realiza el depósito, es menester distinguir respecto de la cosa debida. Si es dinero, puede depositarse en: la cuenta corriente del tribunal; la tesorería comunal respectiva; cualquier banco. Si son otras cosas, puede

[17] El número de la cuenta corriente de cada Tribunal, se publica en un cartel visible en los mismos. Las cuentas corrientes de los tribunales son del Banco del Estado.

depositarse en: una feria (animales); una casa de remates; un almacén general de depósito; un depositario nombrado por el juez (art. 1601).

Calificación de la consignación. Notificación al acreedor. Suficiencia del pago. Hecha la consignación, el deudor pedirá al juez que ordene la notificación del acreedor, con intimación de recibir la cosa consignada. La suficiencia del pago por consignación será calificada en el juicio que corresponda promovido por el deudor o por el acreedor ante el tribunal que sea competente según las reglas generales (art. 1603).

Efectos de la consignación. El efecto de la consignación suficiente es extinguir la obligación, hacer cesar, en consecuencia, los intereses y eximir del peligro de la cosa al deudor, todo ello desde el día de la consignación. Sin embargo, si se trata de una obligación a plazo o bajo condición, aceptada la consignación por el acreedor, o declarado suficiente el pago por resolución ejecutoriada, la obligación se considerará cumplida en tiempo oportuno siempre que la oferta se haya efectuado a más tardar el día siguiente hábil al vencimiento de la obligación; pero el deudor quedará obligado en todo caso al pago de los intereses que se deban y al cuidado de la cosa hasta la consignación (art. 1605).

Mientras la consignación no haya sido aceptada por el acreedor, o el pago declarado suficiente por sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, puede el deudor retirar la consignación; y retirada, se mirará como de ningún valor y efecto respecto del consignante y de sus codeudores y fiadores (art. 1606).

Cuando la obligación ha sido irrevocablemente extinguida, podrá todavía retirarse la consignación, si el acreedor consiente en ello. Pero en este caso la obligación se mirará como del todo nueva; los codeudores y fiadores permanecerán exentos de ella; y el acreedor no conservará los privilegios o hipotecas de su crédito primitivo. Si por voluntad de las partes se renovaren las hipotecas precedentes, se inscribirán de y su fecha será la del día de la nueva inscripción (art. 1607).

Gastos de la consignación. Las expensas de toda oferta y consignación válidas serán a cargo del acreedor (art. 1604).

10.2) Pago con subrogación[18]

A) Generalidades y clases de subrogación

En general, por subrogación se entiende la sustitución, en la relación jurídico-patrimonial respectiva, de una *persona* por otra (*subrogación personal*); o de una *cosa* por otra (*subrogación real*).

Se define la *subrogación real*, como la sustitución de **una cosa** a otra en términos tales que la nueva *pasa a ocupar, jurídicamente, el mismo lugar de la antigua.*[19] La cosa (derecho) que se sustituye, queda colocada en la misma ubicación que tenía la cosa sustituida en el patrimonio del titular.[20] La subrogación se explica por el carácter de *universalidad de Derecho* que tiene el patrimonio y que permite la mutación de los elementos objetivos integradores de éste, sin que por ello se altere el conjunto unitario (continente) formado por los mismos (contenido).[21]

En la *subrogación personal*, **una persona** toma el lugar de otra, ocupa su sitio, pudiendo por ello ejercitar sus acciones y derechos.[22]

B) Pago con subrogación

René Abeliuk, define esta institución señalando que es una ficción jurídica, en virtud de la cual cuando un tercero paga voluntariamente con dineros propios una obligación ajena, ésta se extingue entre el acreedor y el deudor, pero subsiste teniendo por nuevo acreedor al que efectuó el pago.[23] El artículo 1608,

---

[18] Ramos, ob. cit., pp. 373 y ss.

[19] Alessandri, Somarriva, Vodanovic, *Derecho Civil. Parte Preliminar y General,* Tomo I, Editorial Ediar-Conosur, Santiago, 1990 p. 469.

[20] Ejemplos clásicos de subrogación real son los casos de la **expropiación** y del **seguro sobre cosas**. En el primer caso, el dinero que el Estado paga al particular como indemnización por la pérdida del bien expropiado, pasa a ocupar jurídicamente la posición que tenía en el patrimonio de su titular tal bien. Similar situación ocurre, por ejemplo con el seguro contra incendio, la indemnización que paga la compañía de seguros al beneficiario por el bien siniestrado, pasa a ocupar jurídicamente la posición de tal bien.

[21] Navarro A., René, *Manual de Derecho Civil. Curso de Derecho Civil I: Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica (Sujetos de Derechos),* Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, pp. 127 y ss.

[22] Ramos, ob. cit., p. 373.

[23] Abeliuk, ob. cit., pp. 417 y ss.

expresa que la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.[24]

C) Clasificación del pago con subrogación

Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley, o en virtud de una convención del acreedor (art. 1609).

D) Subrogación legal (casos)

Conforme el artículo 1610, se efectúa la subrogación *por el ministerio de la ley* y *aun contra la voluntad del acreedor*, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio:

i) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca;

ii) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado;

iii) Del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente;

iv) Del heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia;

v) Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor;

vi) Del que ha prestado dinero al deudor para el pago; constando así en escritura pública del préstamo, y constando además en escritura pública del pago haberse satisfecho la deuda con el mismo dinero.

E) Subrogación convencional

Se efectúa la subrogación en virtud de una convención del acreedor; cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, *le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal acreedor*: la subrogación en este caso está

[24] Se ha criticado esta definición, puesto que no resultaría adecuada la voz *transmisión*, que es propia de los traspasos *mortis causæ*; además, no entrega una idea clara de la institución. RAMOS, ob. cit., p. 374.

sujeta a la regla de la cesión de derechos, y debe hacerse en la carta de pago (art. 1611).

F) Efectos del pago con subrogación

La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda (art. 1612 inc. 1º).

10.3) Dación en pago

René Ramos P.,[25] define la *dación en pago* como una convención entre acreedor y deudor en virtud de la cual el primero acepta en pago una cosa distinta de la debida. Obviamente, esta institución se basa en el *principio de la autonomía de la voluntad*, y constituye una excepción a la regla de la *identidad del pago*. Se trata de un modo de extinguir no enumerado en el artículo 1567, pero que tiene igualmente dicha virtud.[26]

Para que la dación en pago extinga la obligación, se requiere:

i) Existencia de una obligación primitiva;

ii) Una nueva prestación diferente a la debida originalmente;

iii) Consentimiento y capacidad de las partes;

iv) Animus solvendi, esto es, intención de ambas partes de extinguir la primitiva obligación;

v) Cumplimiento de las solemnidades legales, si fueren necesarias (v. gr., si se da en pago un inmueble).[27]

---

[25] RAMOS, ob. cit., pp. 395 y ss.

[26] Se discute la *naturaleza jurídica* de la dación en pago. Al respecto, se han señalado como explicaciones de la dación en pago: 1). La teoría de la compraventa; 2) La teoría de la novación por cambio de objeto; 3) La teoría de la modalidad del pago; 4) La teoría de la figura autónoma o *sui generis*. RAMOS, ob. cit., pp. 399 y ss.

[27] En este caso, la dación en pago sería el *título*, el cual debe constar en escritura pública, y posteriormente, debe verificarse la *inscripción* (tradición) del inmueble. Vid. notas al pie Nos 2 y 3 que aparecen en FUEYO L., FERNANDO, *Derecho Civil. De las obligaciones*, Volumen II, Imp. y Lito Universo S.A., Valparaíso-Santiago, 1958, p. 132.

IV. LOS DERECHOS AUXILIARES DEL ACREEDOR

1) Generalidades

Veremos en la próxima unidad, que los principales derechos del acreedor frente al incumplimiento imputable (culpable) del deudor son la *ejecución forzada* de la prestación y la *indemnización de perjuicios* respectiva; pero además, encontramos aquí, los llamados *derechos auxiliares del acreedor*.

Los derechos auxiliares del acreedor (que también son conocidos como medios de reforzamiento y conservación de la garantía general), son ciertas facultades del sujeto activo en la relación crediticia, que no persiguen *directamente el cumplimiento mismo*, sino que tienen por *finalidad asegurar el cumplimiento*, manteniendo la integridad de los bienes embargables del deudor. Puede resultar, que el acreedor se vea perjudicado por actos del deudor que tiendan a disminuir sus bienes, y con ello hacer ilusoria la garantía general contenida en el artículo 2465.

Son derechos auxiliares del acreedor (sin agotar la enumeración): las medidas conservativas o precautorias, la acción oblicua, la acción pauliana y el beneficio de separación.

2) Medidas conservativas

Medidas conservativas, son aquellas que tienen por objeto mantener intacto el patrimonio del deudor, evitando que salgan los bienes que lo conforman a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación. Son medidas conservativas, las medidas precautorias del Código de Procedimiento Civil (arts. 290 y ss., secuestro, nombramiento de interventor, retención de bienes, prohibición de celebrar actos sobre bienes determinados, etc.), y las demás que establezca la Ley.

3) Acción oblicua[28]

La Ley en determinados casos, otorga a los acreedores el derecho a actuar en nombre del deudor, respecto de ciertas acciones o derechos, que correspondiendo a éste, negligentemente o con el propósito de perjudicar a sus acreedores no ejercita. Por

[28] Ramos, ob. cit., pp. 317 y ss.

ejemplo, el deudor que repudia una herencia para no pagar a sus acreedores.

En Chile, no existe una disposición que en forma general conceda la acción oblicua a los acreedores. Se han dado como ejemplos de acción oblicua los artículos 1965, 1968, 1238.

Este último artículo, dispone que los acreedores del heredero o legatario que repudia en perjuicio de los derechos de ellos, podrán hacerse autorizar por el juez para aceptar por el deudor. En este caso la repudiación no se rescinde sino en favor de los acreedores y hasta concurrencia de sus créditos; y en el sobrante subsiste.

4) Acción pauliana o revocatoria[29]

La acción pauliana, es aquella que la Ley otorga a los acreedores para dejar sin efecto los actos del deudor ejecutados fraudulentamente y en perjuicio de sus derechos. Esta acción, se encuentra consagrada en el artículo 2468, el cual dispone que, en cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso (quiebra), se observarán las disposiciones siguientes:

i) Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, **estando de mala fe el otorgante y el adquirente**, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;

ii) Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, inclusos las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, **probándose la mala fe del deudor** y el perjuicio de los acreedores; y

iii) Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en **un (01) año** contado desde la fecha del acto o contrato.

Son características de la acción pauliana: el tratarse de una acción directa del acreedor, de tipo personal, siendo legitimados pasivos el deudor y el tercero, y es además una acción patrimonial, por ende renunciable, transferible, transmisible, y prescriptible (1 año).

---

[29] Abeliuk, ob. cit., pp. 491 y ss.

La consecuencia jurídica de la acción pauliana, es dejar sin efecto el acto o contrato impugnado, hasta el monto del crédito del acreedor que intenta la acción; pudiendo el deudor enervar la acción pagando al acreedor.

5) Beneficio de separación

El beneficio de separación está contenido en el artículo 1378. Esta norma dispone, que los *acreedores hereditarios*, vale decir, los que el causante tenía en vida, y los *acreedores testamentarios*, esto es, los que surgen en virtud del testamento, *podrán pedir que no se confundan los bienes del difunto con los bienes del heredero*; y en virtud de este beneficio tendrán derecho a que *de los bienes del difunto se les cumplan las obligaciones hereditarias o testamentarias con preferencia a las deudas propias del heredero.*[30]

[30] Corresponde el estudio de esta institución al Derecho Sucesorio.

CAPÍTULO DÉCIMO

EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES EN EL INCUMPLIMIENTO[1]

[1] ABELIUK, ob. cit., pp. 503 y ss.; FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento...*, ob. cit., pp. 245 y ss.

I. NOCIÓN Y CLASIFICACIONES

1) Generalidades

En términos básicos, el incumplimiento es el *no pago*. En otros términos, existe incumplimiento cundo no se satisfizo íntegra y oportunamente el pago, o bien, cuando no se cumplieron sus requisitos.

El incumplimiento es un fenómeno anormal, por regla general las obligaciones se cumplan en forma espontánea.

Existe incumplimiento de las obligaciones, cuando el deber de prestación no actúa ajustándose a las normas que rigen el pago, esto es, no hay pago, es imperfecto o se retarda.

2) Clasificaciones del incumplimiento

2.1) Voluntario E Involuntario

Dependiendo del factor volitivo en el incumplimiento, éste se clasifica en voluntario e involuntario. El incumplimiento (no pago), es una cuestión *objetiva* y verificable; sin embargo, a la Ley le interesa el *elemento subjetivo* de éste, para luego determinar las ulteriores responsabilidades del deudor.

En el incumplimiento *voluntario*, distinguiremos más adelante las siguientes figuras: el incumplimiento *imputable* (culpa o dolo del deudor) en donde sí responde; incumplimiento *con acuerdo del acreedor* (condonación, esperas), no hay responsabilidad para el deudor; incumplimiento por ejercicio de la *excepción de contrato no cumplido* o del *derecho legal de retención*, donde tampoco hay responsabilidad; y finalmente, incumpli-

miento por haber operado un modo de extinguir liberatorio (prescripción, nulidad).

Incumplimiento involuntario, consiste en aquella situación en donde el acreedor deja de cumplir por un hecho *ajeno a su voluntad*; el caso más importante aquí es el *caso fortuito o fuerza mayor*. La obligación se extingue sin ulterior responsabilidad para el deudor.

2.2) Total y parcial

En cuanto a su amplitud, el incumplimiento puede ser total o parcial. Es *total*, si la prestación no se cumple en todas sus partes. Es *parcial*, ya por falta de integridad en el pago, ya por retardo del mismo.

2.3) Definitivo y temporal

En relación a si pueda o no cumplirse después, el incumplimiento puede ser definitivo o temporal. Es *definitivo*, aquel en donde la obligación no se cumple, resulta evidente que no podrá cumplirse tampoco en el futuro. Es *temporal*, aquel que se encuentra embarazado por un obstáculo que, desapareciendo éste, puede cumplirse la obligación.

3) RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR EN EL INCUMPLIMIENTO

Existen incumplimientos que imponen responsabilidad al deudor, y otros no. Cuando el incumplimiento es *imputable* al deudor y concurren los demás requisitos legales, nace el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento forzado y la correspondiente indemnización de perjuicios.

4) PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO

Conforme la regla general contenida en el artículo 1698, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Al *acreedor*, sólo le corresponderá probar la existencia de la obligación. Al *deudor*, le corresponderá probar la *extinción* de la obligación, esto es, el *pago*. Si no ha cumplido, deberá probar que no le es imputable ese incumplimiento. Si el deudor, alega

imposibilidad del pago por *caso fortuito o fuerza mayor*, deberá probar también esta circunstancia excepcional.

En términos generales, el deudor *debe probar su diligencia*, y ello es así, porque en materia de *responsabilidad civil contractual* la culpa del deudor *se presume legalmente*. Ello trae como consecuencia, que el deudor tendrá que destruir tal presunción legal de imputabilidad (culpa).

5) DERECHOS DEL ACREEDOR EN CASO DE INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE

Los principales derechos del acreedor frente al incumplimiento imputable (culpable) del deudor son la *ejecución forzada* de la prestación y la *indemnización de perjuicios* respectiva. Además, encontrábamos aquí, los llamados *derechos auxiliares del acreedor* que ya se estudiaron.

6) DEBER DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

Por su carácter de *vínculo jurídico*, la obligación no es una mera recomendación, sino un imperativo que posee *coacción*. El deudor, se encuentra en la *necesidad jurídica* de cumplir su prestación, bajo amenaza de una sanción prevista en el ordenamiento jurídico. El deudor debe cumplir, y si no lo hace, nace el *derecho del acreedor* para hacer ejecutar forzadamente la obligación sobre todos los bienes embargables del deudor (*derecho de garantía general del acreedor sobre todos los bienes embargables del deudor*, mal llamado derecho de prenda general).

Como ya expresamos en la primera unidad, en tiempos pretéritos el deudor respondía con su persona (vida o libertad), situación que, a beneficio de todos, cambió radicalmente. Actualmente, impera el *principio de la responsabilidad patrimonial del deudor*, quedando proscrita la responsabilidad personal o física de éste.[2] No es la persona del deudor la que responde, sino que se responde con todos los bienes embargables[3] contenidos en su

[2] La prisión por deudas está proscrita de nuestro sistema jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo Nº 7 de la C.P.R., en relación con el artículo 7º Nº 7 del **Pacto de San José de Costa Rica**, especialmente considerando lo preceptuado en el artículo 5º de la Carta Fundamental.

[3] Véanse los artículos 1618 del C.C. y 445 del C.P.C.

patrimonio. De aquí surge la *garantía general del acreedor sobre todos los bienes embargables del deudor.*[4]

> **Art. 2465:** *"Toda obligación personal da al acreedor el derecho de* ***perseguir su ejecución sobre todos los bienes*** *raíces o muebles del deudor, sean* ***presentes o futuros****, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618".*

> **Art. 2469:** *"Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, inclusos los intereses y los costos de la cobranza,* ***para que con el producto se les satisfaga íntegramente*** *si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos (…)".*

II. EL CUMPLIMIENTO FORZADO

Para estudiar el cumplimiento forzado, es menester distinguir el tipo de prestación incumplida.

1) CUMPLIMIENTO FORZADO EN LAS OBLIGACIONES DE DAR

Normalmente, es posible la ejecución forzada en las obligaciones de dar, salvo que se trate de cosas no fungibles que ya no existan. Para ello, distinguiremos a continuación en relación al tipo de cosa debida.

1.1) Especie o cuerpo cierto

Aquí, la ejecución recae sobre la especie que se deba, y que exista en poder del deudor. Si es necesario, se *incauta* la especie con auxilio de la fuerza pública. Si la especie ya no existe en poder del deudor, la ejecución recae sobre *el valor de la misma*, pero es necesario preparar la vía ejecutiva para que se *justiprecie* o avalúe el valor de la cosa por un perito.

[4] Es *garantía*, porque permite asegurar el cumplimiento de la obligación, y es *general* porque no se refiere a ningún bien en específico, sino que a todos los embargables del deudor.

1.2) Género

En este caso, es menester también preparar la vía ejecutiva para que valúe el género un perito. Si se trata de obligaciones de *dinero*, en éstas la ejecución es siempre posible si se cumplen sus requisitos (existencia de título ejecutivo, posibilidad de la ejecución, liquidez y exigibilidad de la deuda). Así, se procede a embargar el dinero que exista en poder del deudor; si no hubiere, se le embargan bienes suficientes, para con posterioridad rematarlos, y con el producto de la subasta hacerle pago al acreedor.[5]

1.3) El embargo

El embargo, produce importantes efectos civiles. Constituye una protección para el acreedor ejecutante, para que no sea burlado en sus derechos por el deudor. Además, conforme el Nº 3 del artículo 1464, existe objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. De acuerdo al artículo 453 del C.P.C., si el embargo recae sobre bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no producirá efecto alguno legal respecto de terceros sino desde la fecha en que se inscriba en el respectivo registro conservatorio en donde estén situados los inmuebles (Registro de interdicciones y prohibiciones de enajenar).

2) CUMPLIMIENTO FORZADO EN LAS OBLIGACIONES DE HACER

Esta ejecución, presenta mayores dificultades que la anterior si hubiere negativa y resistencia del deudor. Conforme el artículo 1553, si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

i) Que se apremie[6] al deudor para la ejecución del hecho convenido;

ii) Que se autorice al acreedor para hacer ejecutar el hecho por un tercero a expensas del deudor;

---

[5] El estudio en detalle de la ejecución, del embargo, del remate y en general del juicio ejecutivo, corresponde al Derecho Procesal.

[6] Véase el artículo 543 del C.P.C.

iii) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El artículo 532 del C.P.C., establece que si el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor, podrá proceder **a su nombre el juez** que conozca del litigio, si, requerido aquél, no lo hace dentro del plazo que le señale el tribunal.

3) Cumplimiento forzado en las obligaciones de no hacer

Cuando se incumple una obligación de *no hacer*, no puede volverse el tiempo atrás: ya no se cumplió la obligación, ni podrá cumplirse en los términos establecidos. Señala el artículo 1555, que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de **indemnizar los perjuicios**, si el deudor contraviene y *no puede deshacerse lo hecho*. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, *será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor*. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo. El acreedor quedará de todos modos indemne.

III. LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

1) Generalidades

Abeliuk, define la indemnización de perjuicios como la cantidad de dinero que debe pagar el deudor al acreedor, y que equivale o representa lo que este último habría obtenido con el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación.[7] La obligación de indemnizar es de carácter subsidiario, vale decir, sólo aparece si existe incumplimiento.

La indemnización de perjuicios, se fundamenta en lo siguiente:

- El incumplimiento importa una violación al sistema jurídico y un daño a una persona determinada;

[7] Ob. cit., pp. 517 y ss.

- Es el principal medio establecido por el Derecho a fin que el lesionado obtenga su resarcimiento;
- Constituye una *sanción civil*, como respuesta al acto ilícito que viola la norma: *el incumplimiento*;
- La indemnización cumple un rol *preventivo*, en el sentido que fuerza al deudor a cumplir la obligación, con el fin de evitarse el pago de la indemnización.

En doctrina, se discute la naturaleza jurídica de la indemnización de perjuicios. La mayoría de los autores,[8] señalan que la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento, *es la misma obligación que dejó de cumplirse*, y que, frente al incumplimiento *cambia de objeto*. Este cambio no constituye novación, porque no existe extinción de la primitiva obligación (arts. 1672, 1555 inc. 1º).

Otros autores,[9] expresan que la obligación de indemnizar constituye una nueva obligación que nace del hecho ilícito del incumplimiento, en todo análoga a la que origina cualquier otro hecho ilícito.

Abeliuk,[10] enseña que en la indemnización de perjuicios, varía en ella un elemento esencial como es su contenido, es evidentemente una nueva obligación, pero que por disposición de la Ley se *subroga* (subrogación real) a la anterior que se incumplió.

2) TIPOLOGÍAS GENERALES DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

2.1) Indemnización compensatoria

La indemnización compensatoria corresponde a la suma de dinero que debe el deudor al acreedor, y que equivale a lo que habría obtenido el acreedor con el cumplimiento *efectivo* e *íntegro* de la obligación. Si el incumplimiento es *total* y *definitivo*, corresponderá indemnizar el valor íntegro de la obligación incumplida. Si el incumplimiento es sólo *parcial*, sólo se indemnizará la merma, v. gr., si hubieren deterioros en la cosa debida, la indemnización comprenderá el valor de los desperfectos o de lo que falte.

[8] FUEYO, MEZA BARROS.
[9] GIORGI, PLANIOL, JOSSERAND.
[10] Ob. cit., p. 519.

Por regla general, la indemnización compensatoria sólo procede frente a la imposibilidad del cumplimiento forzado de la obligación en sus términos originales. El cumplimiento forzado y la indemnización compensatoria no son acumulables; de lo contrario existiría un enriquecimiento ilícito por parte del acreedor.[11]

2.2) Indemnización moratoria

Es indemnización moratoria, la suma de dinero que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor como equivalente al atraso en el cumplimiento, vale decir, reemplaza el cumplimiento oportuno de la obligación.

No existe inconveniente en que se acumule el cumplimiento forzado y la indemnización moratoria; o en su caso, las indemnizaciones compensatoria y moratoria.

2.3) Clases de perjuicios

Ya vimos los perjuicios *compensatorios* y *moratorios*. Además, existen las siguientes clases de perjuicios:

Perjuicios ciertos, eventuales y futuros. Perjuicio cierto, es aquel que es real y efectivo, que tiene existencia. Perjuicio eventual, es el meramente hipotético, que no se sabe si existirá o no. Perjuicio futuro, es aquel que no ha sucedido aún, pero del cual no cabe duda que ocurrirá. Sólo los perjuicios ciertos son indemnizables. Los daños futuros son indemnizables, siempre que sean ciertos.

Perjuicios directos e indirectos. Los perjuicios directos, son los daños cuya ocurrencia constituyen una consecuencia necesaria e inmediata del incumplimiento. Son perjuicios indirectos, aquellos que se habrían producido aún sin el incumplimiento. Sólo se indemnizan los perjuicios *directos.*

Daño material y daño moral. La temática del daño moral, se analizará con más detención en el curso de fuentes de las obligaciones, al tratar la responsabilidad extracontractual. En *materia civil contractual, no es indemnizable el daño moral.* Salvo que se trate de un acto civil, derivado de una relación de *consumo*, regida por la **Ley del Consumidor Nº 19.496**. Los incumplimientos contractuales, regidos por la Ley de protección a los derechos de los consumidores, admiten la indemnización del daño **moral**. De acuerdo al

[11] Esta regla general, sufre una excepción en la *cláusula penal*, art. 1537.

artículo 3º letra e) de dicha Ley, el **consumidor** tiene derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y **morales** en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Sin embargo –aunque no compartimos la interpretación, particularmente porque son temas de corte *legislativo*, y no jurisprudencial– existe cierta jurisprudencia reciente, que acepta (restrictivamente) el *daño moral en materia contractual*, ello derivado de que en la voz *daño emergente* que emplea el artículo 1.556, comprende no sólo el pecuniario, sino que también el extrapatrimonial o moral.[12]

Daño emergente y lucro cesante. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento (art. 1556). La Ley no definió ni daño emergente, ni lucro cesante. Daño emergente, podría definirse como el **valor de la pérdida sufrida** por el acreedor, a raíz del incumplimiento de una obligación. Lucro cesante, es la **ganancia dejada de obtener** por el acreedor, como consecuencia del incumplimiento de una obligación.

Perjuicios previstos e imprevistos. Son perjuicios previstos, aquellos que pudieron vislumbrarse o considerarse al tiempo del contrato; imprevistos, aquellos que no. Sólo se responde de los perjuicios previstos, salvo que el deudor hubiere incumplido con *dolo o culpa grave*, o cuando *expresamente* se le hubiere hecho responsable de los perjuicios imprevistos.

Las partes pueden, mediante pacto expreso, responder de perjuicios que en principio no son indemnizables (art. 1558 inc. final).

3) Requisitos de la indemnización de perjuicios

Son requisitos de procedencia de la indemnización de perjuicios (en materia de responsabilidad civil *contractual*), los siguientes:[13]

- El incumplimiento;
- La existencia de perjuicios;

[12] Departamento de Estudios Jurídicos Editorial PuntoLEX, *Jurisprudencia daño moral*, Editorial PuntoLex S.A., Santiago, 2007, pp. 75 y ss.

[13] Los requisitos de la indemnización en materia de responsabilidad civil *extracontractual*, se estudian en detalle en el curso de fuentes de las obligaciones.

- La relación de causalidad;
- La imputabilidad del perjuicio;
- La no concurrencia de alguna causal de exención de responsabilidad;
- La mora del deudor.

En los números que siguen, se analizarán brevemente cada uno de ellos, salvo el incumplimiento que ya fue tratado.

4) Existencia de perjuicios

En nuestra legislación, daño es sinónimo de perjuicio. Se define como todo detrimento que sufre una persona. En materia contractual, como veremos más adelante, por regla general sólo se indemniza el *daño emergente* y el *lucro cesante*. En materia de *responsabilidad extracontractual*, se indemnizan todos los perjuicios, incluido el *daño moral*. Por regla general, al acreedor corresponde probar el daño sufrido, a menos que la ley lo presuma.

5) Relación de causalidad en materia contractual

En materia contractual, el daño debe ser la consecuencia del incumplimiento: el *incumplimiento* es la **causa**; el *daño o perjuicio*, su **efecto**.

Este requisito es determinante en la indemnización de perjuicios, toda vez que sólo se indemniza el daño **directo** que produjo el incumplimiento (hay relación de casualidad), quedando excluidos los **daños indirectos**, vale decir, aquellos en donde no existe relación de causalidad entre incumplimiento y daño.

6) Incumplimiento imputable. elemento subjetivo o reprochabilidad (dolo-culpa)

6.1) Generalidades

El incumplimiento no siempre trae aparejada responsabilidad para el deudor, toda vez que existen casos en que el deudor deja de cumplir, sin que por ello deba indemnizar.

El incumplimiento que produce daño, debe ser imputable al deudor y lo es cuando de su parte existe *dolo* (intención de no pagar) o *culpa* (falta de la debida diligencia o cuidado).

6.2) El dolo en materia contractual[14]

El inciso final del artículo 44, señala que el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. El *incumplimiento doloso*, es uno intencionado para dañar al acreedor. En tal caso, se convierte en una *agravante de la responsabilidad del deudor*, principalmente porque lo obliga a responder de los *perjuicios imprevistos*, los cuales (si no existiere dolo) no se indemnizan.

El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse (art. 1459). Recordemos que la presunción de buena fe es de aplicación general, y por lo tanto, la falta de ella (dolo-mala fe) debe acreditarse.[15]

La prueba del dolo es particularmente difícil, toda vez que es menester acreditar un elemento sicológico como es la intención del hechor. Como se trata de probar un hecho, no existen limitaciones para su prueba.

Los principales efectos del dolo en materia contractual, son los siguientes:

- Da lugar a la indemnización de perjuicios, siempre que concurran los demás requisitos legales; y
- Agrava la responsabilidad del deudor: lo hace responder incluso de los *perjuicios imprevistos* (art. 1558). Si la cosa debida se destruye durante la mora del acreedor en recibirla, el deudor sólo responde del *dolo* y la *culpa grave*.

El dolo no puede renunciarse o perdonarse en forma anticipada, conforme lo dispone el artículo 1465: La condonación del dolo futuro no vale. Si se perdonara anticipadamente el dolo, existiría objeto ilícito, por tratarse de actos prohibidos por la Ley, y su sanción sería la nulidad absoluta.

---

[14] Recuérdese que éste, es uno de los aspectos de la llamada *tridimensionalidad del dolo*. Los otros dos consisten en: *dolo vicio del consentimiento*, y el *dolo como elemento subjetivo de la responsabilidad civil extracontractual*.

[15] Excepcionalmente el legislador presume el dolo, vid. ABELIUK, ob. cit., p. 525.

6.3) La culpa en materia contractual

A) Generalidades

La culpa en materia contractual tiene mayor relevancia que el dolo, además su prueba es muchísimo más fácil, toda vez que en materia contractual *se presume legalmente la culpa del deudor*.

Puede definirse la culpa en materia contractual, como la falta de diligencia de una persona en el cumplimiento de una obligación. En nuestra legislación, se sigue la *teoría de la apreciación objetiva de la culpa*, que compara la actuación del deudor con la que habría tenido un sujeto prudente y juicioso en circunstancias análogas.

En materia contractual la culpa se gradúa. A continuación estudiaremos los grados de culpa.

B) Grados de culpa

Conforme el artículo 44 la ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. *Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.*

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. *Culpa o descuido*, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa *se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano*. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. *Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.*

La graduación de la culpa en materia contractual, tiene una doble relevancia:

- Dependiendo del *tipo de contrato*, impone distinto grado de responsabilidad (arts. 1440; 1547 inc. 1º); y
- En cuanto a sus efectos, la *culpa lata o grave* equivale al *dolo*.

C) Culpa de la que se responde en los distintos contratos

Para estudiar esta materia, es menester tener presente los artículos 44, 1440 y 1547 inciso primero.

Conforme el artículo 1440, el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

El inciso primero del artículo 1547, señala que el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

Máxima responsabilidad	culpa levísima
Responsabilidad ordinaria o media	culpa leve o culpa
Mínima responsabilidad	culpa lata o grave (equivale al dolo)

Contratos gratuitos para el acreedor	*grado mínimo de responsabilidad*	(culpa lata del deudor)
Contratos onerosos	*grado ordinario de responsabilidad*	(culpa leve del deudor)
Contratos gratuitos para el deudor	*grado máximo de responsabilidad*	(culpa levísima del deudor)

D) Dolo y culpa grave

Como se señaló, el inciso 2º del artículo 44 expresa que la culpa grave equivale al dolo. Ahora bien, son instituciones distintas (dolo y culpa), sin embargo, en la culpa lata existe tanta negligencia, que la frontera con el dolo es muy tenue.

La culpa grave, produce todos los efectos civiles del dolo en materia contractual, los cuales ya fueron estudiados.

E) La culpa en materia contractual se presume

Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya (art. 1671). Es el deudor

el que debe probar su diligencia, porque la falta de ella (culpa), se presume. Así lo expresa también el inciso 3º del artículo 1547: *"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega"*. Ésta es la **regla general**, en materia contractual.[16]

7) NO CONCURRENCIA DE ALGUNA CAUSAL DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

No obstante concurrir los requisitos generales de la indemnización de perjuicios, en doctrina, frente a una causal de exención de responsabilidad, el deudor queda eximido de su obligación. A continuación analizaremos, muy brevemente, cada una de ellas, advirtiendo que no todas tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Son causas que eximen de responsabilidad al deudor:

- El caso fortuito o la fuerza mayor;
- La ausencia de culpa;
- El estado de necesidad;
- El hecho ajeno;
- La teoría de la imprevisión;
- Las cláusulas modificatorias de responsabilidad.

7.1) Caso fortuito o fuerza mayor

A) Concepto y requisitos

Se llama fuerza mayor o caso fortuito ***el imprevisto a que no es posible resistir***, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc (art. 45). Para nuestro Código Civil, caso fortuito y fuerza mayor serían sinónimos. En doctrina, el acontecimiento a que se refiere el *caso fortuito* tiene origen en la naturaleza, en cambio la *fuerza mayor* proviene de una persona, generalmente la autoridad.

Para que el caso fortuito (o la fuerza mayor) surta efectos, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

---

[16] Hace excepción a la regla general, lo dispuesto en el inciso final del artículo **2158**: *"No podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo;* ***salvo que le pruebe culpa****"*.

i) El hecho debe ser totalmente *extraño a la voluntad de los sujetos* (art. 1547 inc. 2º);

ii) Debe ser *imprevisible*, esto es, las partes con una mediana inteligencia no lo han podido vislumbrar o suponer al momento de contratar;

iii) Debe ser *imposible de resistir*, vale decir, no es posible evitar sus consecuencias.

B) Efectos del caso fortuito

"A lo imposible nadie está obligado".

Si el caso fortuito o fuerza mayor, reúne los requisitos precedentemente enunciados, el deudor queda **liberado** de responsabilidad por su incumplimiento, esto es, no cabe el cumplimiento forzado, ni la indemnización de perjuicios:

> **Art. 1547 inc. 2º:** *"El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa".*

> **Art. 1558 inc. 2º:** *"La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios".*

Con todo, existen excepciones en donde no obstante presentarse caso fortuito, no libera éste al deudor:

- Cuando el caso fortuito sobreviene por culpa del deudor;
- Durante la mora del deudor;
- Cuando se pacte que el deudor responda del caso fortuito (art. 1673);
- Cuando la Ley lo hace responsable del caso fortuito (art. 1676).

C) Prueba del caso fortuito

El deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega. Si estando en mora pretende que el cuerpo cierto habría perecido igualmente en poder del acreedor, será también obligado a probarlo (art. 1674).

7.2) La ausencia de culpa como causal de exención

Para Abeliuk, la *ausencia de culpa* es una causal de exención distinta del caso fortuito o fuerza mayor (que son hechos externos al deudor), y que también libera al deudor, apoyándose en los artículos 1547 inc. 3º, 1670 y 1678:

> **Art. 1547 inc. 3º:** *"La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega".*
>
> **Art. 1670:** *"Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación (...)"*
>
> **Art. 1678:** *"Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor, que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá solamente el precio sin otra indemnización de perjuicios".*

7.3) El estado de necesidad

El estado de necesidad no constituye en materia contractual una causal de exención de responsabilidad del deudor en nuestro ordenamiento jurídico. Tampoco cabe como vicio del consentimiento.[17] Tiene aplicación sí, en materia de daños (delito y cuasidelito civil).

7.4) El hecho ajeno

Para determinar la responsabilidad del deudor que incurre en incumplimiento, por *hecho o culpa de un tercero*, es preciso distinguir si es civilmente responsable por él o no.

Como regla general diremos que, la intervención de un tercero es para el deudor un *caso fortuito o fuerza mayor*, si reúne sus requisitos. A menos que nos encontremos en casos de excepción, v. gr., el del artículo 1679 el cual expresa que en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable.[18]

---

[17] De otra manera, no se comprendería su inclusión **expresa** en la Ley de Matrimonio Civil: ello, toda vez que en materia civil patrimonial tradicional, no cabe. Vid. artículo 8 Nº 3 de la Ley Nº 19.947.

[18] Véanse los artículos 1925, 1926, 1929, 1941, 1947 inc. final, 2000, 2003 Nº 3, 2014, 2015 inc. final, 2242, 2243.

7.5) La teoría de la imprevisión

La imprevisión, no tiene consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, se está estudiando su incorporación.[19] El **Código Civil italiano** del año 1942, la establece en sus artículos 1467 a 1469, que encabeza la sección tercera de su Libro IV (de las obligaciones) cuyo epígrafe es: *De la excesiva onerosidad.*

Tal cuerpo legal dispone:

*"En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, **si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá demandar la resolución del contrato** (…) La resolución no podrá ser demanda si la onerosidad sobrevenida entrara en el álea normal del contrato. La parte contra quien se hubiere demandado la resolución podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato"* (art. 1467 C.C. italiano).[20]

7.6) Convenciones que alteran la responsabilidad del deudor

Si el acreedor puede perdonar (remitir) la obligación, con mayor razón le es posible renunciar o modificar la indemnización, o establecerla de común acuerdo con el deudor. En virtud del principio de la *autonomía de la voluntad*, las partes son libres para prever la forma en que responderán del contrato, esto es, aumentar o disminuir la responsabilidad del deudor.

Ya estudiamos *el tipo de responsabilidad* (lata, leve, levísima) del cual respondía el deudor, según cada contrato, conforme

[19] Véase como bibliografía obligatoria en este punto: **FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI**, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 181 a 242.

[20] *"**Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive**. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)".* Fuente: http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm

el inciso primero del artículo 1547. El inciso final de la misma norma, dispone: *"Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes"*.

Existen tres categorías de cláusulas modificatorias de la responsabilidad *normal* del deudor:

- Las cláusulas que *agravan* la responsabilidad del deudor;
- Las cláusulas que *limitan* la responsabilidad del deudor;
- Las cláusulas que *eximen* de responsabilidad al deudor.

Las cláusulas que *agravan o aumentan la responsabilidad del deudor*, hacen responder al deudor de un *grado mayor de culpa*, hacen responder al deudor del *caso fortuito*, o bien, hacen responder al deudor de perjuicios que no se indemnizan (v. gr., los imprevistos, los indirectos). Este tipo de cláusulas, tienen como límite la *cláusula penal enorme*.

Las cláusulas que *limitan* la responsabilidad del deudor, disminuyen el grado de culpa del deudor, limitan la indemnización de perjuicios a una suma determinada no aumentable, o bien, alteran las reglas del *onus probandi* o carga de la prueba.[21]

[21] ¿A quién corresponde probar? La carga o peso de la prueba, también llamado *onus probandi*, se refiere a la pregunta a quién corresponde probar. La norma clave a este respecto, es la contenida en el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil: *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta"*. Aunque este artículo, se refiere a las *obligaciones*, se ha entendido aplicable a toda prueba, ya sea de hechos, de un derecho subjetivo, o de una obligación. En términos generales, se puede afirmar, que al demandante (actor) corresponde probar los fundamentos de su *acción*; y al demandado, los fundamentos de su *excepción*. El *acreedor* prueba la existencia del *derecho personal* y la *obligación* correlativa; al *deudor* le corresponderá probar que esa obligación se *extinguió*. El principio general contenido en el artículo 1.698, esto es, que la carga o peso de la prueba, la tiene *el que alegue* (la obligación o su extinción), sufre ciertas modificaciones o atenuaciones. En efecto, la existencia de las llamadas *presunciones legales*, vienen a relativizar la carga o peso de la prueba. Ya hemos hecho referencia a las *presunciones simplemente legales y a las presunciones de Derecho*. El artículo 47, dispone: *"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias"*. Las **presunciones legales**, admiten prueba en contrario; las **presunciones de Derecho**, no admiten prueba en contrario. Si a alguna de las partes en conflicto que alega

A través de las *cláusulas que eximen de responsabilidad al deudor*, se libera al deudor de toda responsabilidad en caso de incumplimiento de su obligación; no está obligado el deudor, a indemnizar perjuicio alguno. En virtud del principio de autonomía de la voluntad, y del inciso final del artículo 1547, son admitidas las cláusulas de *irresponsabilidad del deudor*, con las siguientes limitaciones:

i) Cuando la ley expresamente lo excluya;[22]

ii) Cuando implique daño (lesiones) a las personas; y

iii) En virtud de este tipo de cláusulas, **no puede eliminarse la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave**; habida cuenta, a la proscripción de condonación del dolo futuro: *"La condonación del dolo futuro no vale"* (art. 1465). Si el dolo ya se cometió, se puede perdonar; pero no anticipadamente. El límite más claro de las cláusulas que eximen de responsabilidad al deudor, viene constituido por la proscripción del perdón anticipado del dolo, sancionado con nulidad absoluta por constituir ilicitud del objeto.

8) La mora del deudor

8.1) Generalidades

Para que el deudor deba la indemnización de perjuicios ocasionados por el incumplimiento, ***debe ser colocado en mora***.[23]

> **Art. 1557:** *"Se debe la indemnización de perjuicios* ***desde que el deudor se ha constituido en mora****, o si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención"*.

un derecho que le asiste, le beneficia una presunción legal, no tiene necesidad de justificar (probar) su postura, por ello se altera el *onus probandi* o peso de la prueba, porque en principio ésta, a la luz del artículo 1.698 tenía la carga de probar. Ahora bien, como se trata de una simple presunción legal, y no una presunción de Derecho, la contraparte puede, *mediante prueba en contrario*, destruir la presunción legal que en su caso le perjudique; este último, que en principio no tenía la carga de la prueba, producto de la presunción legal, se ve obligado a destruirla (se invirtió el *onus probandi*). La presunción de culpa del deudor en materia contractual, es una presunción simplemente legal.

[22] Sobretodo, quedan proscritos los *pactos de irresponsabilidad absoluta* en aquellas materias de *orden público* del Derecho Privado, v. gr., en el **Derecho Laboral**, en el **Derecho de los Consumidores**.

[23] *Mora del deudor:* requisito para que proceda la indemnización de perjuicios; *mora del acreedor*: reduce o elimina la responsabilidad del deudor.

Se define la **mora del deudor** o *mora solvendi*, como el retardo imputable en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento o interpelación por parte del acreedor.[24]

En las obligaciones de *no hacer*, la mora no es un requisito de la indemnización de perjuicios; sólo es un requisito en las obligaciones de dar y de hacer. La mora es un requisito, tanto en la indemnización moratoria como en la compensatoria.

Son requisitos de la mora: el retardo imputable en el cumplimiento de una obligación, la interpelación del acreedor, y que el acreedor no se encuentre en mora.

8.2) Retardo imputable en el cumplimiento de una obligación

En el incumplimiento, pueden diferenciarse tres etapas: el momento en que se hace exigible la obligación, el retardo y la mora. El *retardo* (o simple atraso), viene dado por el no cumplimiento de la obligación desde que ésta se hizo exigible; la *mora*, es el retardo imputable más la interpelación del acreedor.

Para la exigibilidad de la obligación, no es necesaria la mora; esta última se requiere para la procedencia de la indemnización de perjuicios. Por su parte, la indemnización presupone la exigibilidad de la obligación.

No basta el simple o mero retardo, es menester que este retardo sea *imputable al deudor*, vale decir, que éste se haya producido con *culpa o dolo*.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios (art. 1558 inc. 2º).

8.3) Interpelación o requerimiento del acreedor

La interpelación, es el acto por el cual el acreedor hace saber a su deudor que considera que hay retardo en el cumplimiento de la obligación, y que éste le ha ocasionado perjuicios. Esta actividad del acreedor, transforma el simple retardo en mora.

No existe inconveniente, para que por estipulación o pacto previo de las partes, se elimine la interpelación o requerimiento del acreedor, y que la mora se produzca por el simple retardo.

En los numerales del artículo 1551, se encuentran las tipologías de interpelación:

---

[24] ABELIUK, ob. cit., p. 549.

Interpelación judicial o extracontractual (**art. 1551 Nº 3**): El deudor está en mora, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. Se entiende aquí, cualquier actividad judicial del acreedor: demanda ordinaria, ejecutiva, preparación de la vía ejecutiva, demanda de indemnización de perjuicios, demanda de resolución del contrato, etc.

Interpelación contractual expresa (**art. 1551 Nº 1**): El deudor está en mora, *cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado*, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora. En este caso, cumplido el plazo se producen coetáneamente exigibilidad, retardo y mora.

Interpelación contractual tácita (**art. 1551 Nº 2**): El deudor está en mora, cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

8.4) El acreedor no debe estar en mora

En los **contratos bilaterales** ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (**art. 1552**). Esta institución, característica de los contratos bilaterales, se denomina *exceptio non adimpleti contractus*: **excepción de contrato no cumplido**.

8.5) Efectos de la mora del deudor

En cuanto a los efectos de la mora del deudor, estos son:

- Da derecho al acreedor para reclamar la indemnización de perjuicios;
- Hace responder al deudor del caso fortuito;
- El riesgo pasa a ser del deudor. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor (*res perit creditori*); *salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla* (*res perit debitori*), o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega (art. 1550).

8.6) Mora del acreedor

La mora accipiendi o **mora del acreedor**, consiste en el retardo del acreedor en recibir el pago. Por ejemplo, el artículo 1548, señala que la obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que **no se ha constituido en mora de recibir**. Por su parte, el artículo 1680, expresa que la destrucción de la cosa en poder del deudor, después que ha sido ofrecida al acreedor, y durante el retardo de éste en recibirla, no hace responsable al deudor sino por culpa grave o dolo. Los efectos de la mora del acreedor, entonces, son: disminuye la responsabilidad del deudor (sólo responde de culpa grave o dolo); y, el acreedor eventualmente debe indemnizar los gastos que debió incurrir el deudor para la conservación de la cosa (art. 1827).

9) La acción de indemnización de los perjuicios

La acción indemnizatoria de los perjuicios, es una acción personal, sólo se dirige contra el(los) responsable(s) del daño. Se reputa mueble, toda vez que normalmente persigue el pago de una suma de dinero. Es una acción patrimonial, y en consecuencia, es renunciable, transigible, cesible, y prescriptible (regla general, 5 años desde que la obligación se hizo exigible).

10) Avaluación (justipreciación) de los perjuicios

Los daños o perjuicios, pueden ser determinados de tres formas:

- Por las mismas partes, una vez producidos éstos (*ex-post*); o bien, en forma anticipada (*ex-ante*) a través de una cláusula penal;
- Por el juez; y
- Por la Ley.

10.1) Avaluación judicial de los perjuicios

En la avaluación judicial de los perjuicios, el juez debe realizar una serie de operaciones jurídicas bastante complejas, que se reducen en las siguientes: En *primer lugar*, debe el juez decidir si procede

la indemnización de perjuicios, vale decir, debe analizar si ésta cumple con cada uno de sus requisitos (incumplimiento imputable, relación de causalidad, daño, no concurrencia de causales exculpatorias, y mora); en *segundo lugar*, debe determinar *cuáles daños son indemnizables*; y *finalmente*, debe determinar el *monto* del daño producido. La fijación del monto de los perjuicios es una cuestión de hecho; la calificación de los fundamentos jurídicos de la indemnización, es una cuestión de Derecho.

10.2) Avaluación legal de los perjuicios

La avaluación legal de los perjuicios, es sólo aplicable a las obligaciones de *dinero*, y se reglamenta en el artículo 1559.

Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1ª) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos;

2ª) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses; basta el hecho del retardo;

3ª) Los intereses atrasados no producen interés;[25]

4ª) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

10.3) Avaluación convencional de los perjuicios (la cláusula penal)

A) Generalidades

Ya dijimos, que la avaluación de los perjuicios, podía ser realizada también por las mismas partes; bien una vez producidos

[25] El Código Civil, proscribe el **anatocismo**. Sin embargo, en la Ley **Nº 18.010**, se expresa que ***podrá estipularse el pago de intereses sobre intereses***, capitalizándolos en cada vencimiento o renovación. En ningún caso la capitalización podrá hacerse por períodos inferiores a treinta días (art. 9º inc. 1º).

éstos (*ex-post*); o, en forma anticipada (*ex-ante*) a través de una cláusula penal.

B) La cláusula penal

a) Concepto

La cláusula penal es una determinación convencional y anticipada de los perjuicios. El artículo 1535, señala que la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal.

b) Características de la cláusula penal

- Es una determinación anticipada de los perjuicios, por lo que dicha determinación escapa a la determinación judicial;
- El acreedor no necesita probar los perjuicios, por lo que el deudor no puede excepcionarse alegando que su incumplimiento no causó perjuicios al acreedor (art. 1.542);
- Es una caución, por lo que impulsa al deudor a cumplir su obligación (1.535). Por ser una caución, es una obligación accesoria. Su nulidad no afecta la validez de la obligación principal, pero la nulidad de ésta sí acarrea la nulidad de la cláusula penal (1.536). También por ser caución, es una obligación condicional: depende del hecho futuro e incierto que el deudor no cumpla la obligación principal. Por último, es necesaria la existencia de una obligación principal a la que acceda;
- Otorga una acción al acreedor (art. 1.472) referida a las obligaciones naturales en contra de los terceros que las caucionen; y
- Por ser una avaluación anticipada de perjuicios, debe cumplir con todos los requisitos que permitirían al acreedor cobrar dichos perjuicios (incumplimiento del deudor, culpa o dolo, el deudor debe estar en mora; arts. 1.538, 1.537 y 1.557).

c) Efectos de la cláusula penal

- Mientras el deudor no está constituido en mora: sólo debe la obligación principal (art. 1.537);

- Después de constituirse en mora al deudor: debe la obligación principal o la pena (porque se entiende que la pena subroga la obligación principal, que es compensatoria). Por regla general, no pueden pedirse ambas a la vez. Salvo en los siguientes casos: a) si la pena se ha estipulado para el caso de no cumplirse una transacción (art. 2.463). Se paga la pena, sin perjuicio de cumplirse la transacción en todas sus partes; b) cuando la pena sea moratoria, vale decir, que haya sido pactada en compensación del retardo en el cumplimiento de la obligación principal; y c) cuando se haya estipulado que, aún cuando se pague la pena, no extingue la obligación principal. En este caso, se reconoce que la pena es compensatoria, pero se estipula la posibilidad de cobrar ambas obligaciones;
- El acreedor puede pedir la pena o probar los perjuicios reales, desentendiéndose de la cláusula penal. En ningún caso, salvo estipulación en contrario, el acreedor podrá cobrar primero la pena y después demandar perjuicios (art. 1.543);
- Si se ha cumplido sólo parcialmente la obligación principal (se entiende que hay una aceptación del acreedor en torno a recibir un pago parcial), estaría aceptando el acreedor una disminución proporcional de la pena (art. 1.539).

d) La cláusula penal enorme

La cláusula penal enorme, se encuentra reglamentada en los artículos 1.544, 2.206 (mutuo) y en el artículo 6º inciso 4º de la Ley Nº 18.010. Éste, es uno de los casos en que la teoría de la lesión tiene cabida en nuestro Código Civil. A través de esta institución, se pretende equiparar las prestaciones a que ambas partes se obligan en una relación contractual.

Para determinar cuándo habría cláusula penal enorme, es preciso distinguir los siguientes tipos de contratos:

- Los contratos conmutativos (que contengan obligaciones de pagar una cantidad determinada de un género);
- Los contratos que contengan obligaciones de valor inapreciable o indeterminado; y
- El contrato de mutuo.

En el primer caso, se aplica el inciso primero del artículo 1.544:

Art. 1.544 inc. 1º: *"Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él".* [26]

En el segundo caso, se aplica el inciso final del mismo artículo, esto es, en los contratos que contienen **obligaciones de valor inapreciable o indeterminado**, se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme

En el tercer caso, se aplica el inciso tercero del citado artículo, y el 2.206, pero particularmente, cabe aplicar aquí el inciso 4º del artículo 6º de la Ley Nº 18.010, que establece:

Art. 6º inc. 4º Ley Nº 18.010: *"No puede estipularse un interés que exceda en más de un 50% al corriente*[27] *que rija al momento de la convención, ya sea que se pacte tasa fija o variable. Este límite de interés se denomina interés máximo convencional".*

IV. EL INCUMPLIMIENTO RECÍPROCO

El deudor puede negarse a cumplir su obligación, mientras su acreedor no le cumpla a él lo que a su vez éste le debe. Las instituciones que se inspiran en el incumplimiento recíproco son la *excepción de contrato no cumplido* y el *derecho legal de retención.*

1) EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), se encuentra consagrada en el artículo **1552** y sólo es aplicable a los **contratos bilaterales**. Esta institución beneficia a

[26] Esta última parte de esta norma, ha dado problemas de interpretación. La doctrina más aceptada, es la que señala que es cláusula penal enorme toda pena que exceda en el doble de la obligación principal. Por criterio de equidad, se ha abandonado la posición que estimaba que era enorme, aquella cláusula penal que excedía al triple de la obligación principal.

[27] Interés corriente es el interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile.

la *parte diligente* de la relación contractual, vale decir, aquella que ha cumplido su obligación o está llana a cumplirla.

En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos (art. 1552).

2) El derecho legal de retención

El derecho legal de retención, es la facultad que tiene el deudor de una obligación de *restituir o entregar* una cosa perteneciente al acreedor de ella, para negarse a cumplir mientras no se le pague lo que se le debe en razón de la misma cosa.

Para que proceda el derecho legal de retención, debe existir un *texto expreso de la Ley* que lo consagre, y además, el deudor debe estar en *tenencia legítima* de la cosa que tiene que restituir. Constituyen casos de aplicación del derecho legal de retención los siguientes: especificación (art. 662 inc. 2º); fideicomiso (art. 756); usufructo (art. 800); a favor del poseedor vencido en la reivindicatoria (art. 914); comodato (art. 2193); depósito (art. 2234); prenda (art. 2401); mandato (art. 2162); arrendamiento (arts. 1937, 1942 inc. 2º C.C.; 598 C.P.C.; art. 23 bis Ley Nº 18.101).

V. BREVE PARALELO ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

Como ya se ha expresado, el detalle de la responsabilidad extracontractual (*Derecho de daños*), se analizará en el curso de fuentes de las obligaciones. Sin embargo, y habida cuenta a que en este curso principalmente nos hemos referido a la responsabilidad contractual, es preciso adelantar un paralelo entre ambos tipos de responsabilidad:

En cuanto a la fuente de que derivan. La responsabilidad contractual, tiene por fuente al contrato. Responsabilidad extracontractual, para algunos es toda obligación derivada de una fuente que esté fuera del contrato (delito, cuasidelito, cuasicontrato, ley); para otros, es extracontractual, la que deriva del delito y el cuasidelito civil, hoy conocido como *Derecho de daños* (ésta es la visión más aceptada).

En cuanto a la presunción de culpa. En materia civil contractual, la culpa del deudor *se presume.* En materia de delitos y cuasidelitos civiles, la regla general viene constituida por la necesidad de probar la culpa o el dolo (aspecto subjetivo) del agente causante del daño.

En cuanto a la gradación de la culpa. En materia contractual, conforme los artículos 44, 1440 y 1547, la culpa se gradúa en lata, leve y levísima, y dependerá el tipo de ella, según cada contrato. En materia de responsabilidad civil extracontractual, la culpa no se gradúa.

En cuanto al dolo. En materia contractual, el dolo es una agravante de la responsabilidad del deudor, haciéndolo responsable de los perjuicios *imprevistos.* En materia extracontractual, el dolo constituye el aspecto subjetivo del delito civil.

En cuanto a las limitaciones de los medios de prueba. En materia contractual, rigen las limitaciones de los artículos 1708 y 1709, y además, conforme el artículo 1701, la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad. En materia extracontractual, como pretende probarse un *hecho,* no existen limitaciones a la prueba.

En cuanto a las reglas de capacidad. En materia contractual, rigen las reglas generales de *capacidad de ejercicio,* y eventualmente las particulares de cada acto o contrato v. gr., las de la compraventa. En materia de delitos y cuasidelitos civiles, existen normas de capacidad especiales, que no guardan relación con las generales de los actos.[28]

En cuanto a los daños indemnizables. En la responsabilidad extracontractual, se indemniza **todo** daño, incluido el moral (arts. 2314 y ss). En materia contractual, sólo cabe indemnizar el daño emergente y el lucro cesante (art. 1556); salvo que se trate de un acto civil regido por la Ley del Consumidor (art. 3º letra e) de la Ley Nº 19.496).

En cuanto a la prescripción de las acciones. En materia contractual, se aplican las reglas generales de prescripción de las acciones, esto es, **cinco (05) años** contados desde que la obligación se hizo exigible; tres (03) años si consta en un título ejecutivo. En materia de responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción de la

---

[28] Véase el artículo 2319.

acción indemnizatoria del daño, es de **cuatro (04) años**, contados desde que el hecho ilícito aconteció.

VI. GENERALIDADES SOBRE LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR

¿Qué sucede si el deudor no puede cumplir sus obligaciones, y además, no tiene bienes para que los acreedores puedan embargárselos, o bien, existiendo bienes, estos son limitados considerando el monto de la(s) deuda(s) o el número de acreedores?

A propósito de esta problemática, trataremos muy brevemente las siguientes instituciones:

- La quiebra;
- El beneficio de competencia;
- La cesión de bienes; y
- La prelación de créditos.

1) La quiebra[29]

La quiebra, es el estado de insolvencia judicialmente declarado. El *Derecho concursal o de quiebras*, es una sub-rama del Derecho Comercial. Allí, se estudiarán las diferencias técnicas entre la insolvencia (estado de cesación de los pagos) y la quiebra.

Frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede ejecutar forzadamente su obligación. Esta ejecución, es de carácter *individual*. La quiebra, *es una ejecución colectiva*, que no sólo considera los intereses del acreedor, sino también los del deudor fallido, y los de la sociedad toda.[30]

2) El beneficio de competencia

Esta institución, se encuentra regulada en los artículos 1625 a 1627 (ubicados en el Libro IV), y en los artículos 1417 y 1423 (ubicados en el Libro III) del Código.

Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan,

[29] Su estudio pormenorizado corresponde al Derecho Comercial.

[30] Sandoval L., Ricardo, *La insolvencia de la empresa. Derecho de quiebras. Cesión de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 11.

dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna (art. 1625).

De acuerdo al artículo 1626, el acreedor es obligado a conceder este beneficio:

a) A sus **descendientes** o **ascendientes**. A menos que le hubieren irrogado al acreedor alguna ofensa que fuere a la vez causal de desheredación, conforme a los artículos 1207 y siguientes, y 114;
b) A su **cónyuge**. Salvo que esté separado judicialmente por su culpa;
c) A sus **hermanos**, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes o ascendientes;
d) A sus **consocios** en el mismo caso, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;
e) Al **donante**, pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida;
f) Al **deudor de buena fe que hizo cesión de bienes** y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión, pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo.

De acuerdo al artículo 1627, no se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo; el deudor elegirá.

3) La cesión de bienes

La regulación de la cesión de bienes, se encuentra en los artículos 1614 a 1624 del Código Civil. Conforme el artículo 1614, *la cesión de bienes* es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas. El artículo 1615, agrega que esta cesión de bienes será admitida por el juez con conocimiento de causa, y el deudor podrá implorarla no obstante cualquiera estipulación en contrario.

Para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija (art. 1616).

Por regla general, los acreedores están obligados a aceptar la cesión de bienes, salvo en los siguientes casos de excepción (art. 1617):

a) Si el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado, como propios, bienes ajenos a sabiendas;
b) Si ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta;
c) Si ha obtenido quitas o esperas de sus acreedores;
d) Si ha dilapidado sus bienes; y
e) Si no ha hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores.

La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables. Lo anterior, lo señala el artículo **1618**, y es la misma norma que enumera los bienes *inembargables.* Ésta, debe relacionarse con la contenida en el artículo **445** del Código de Procedimiento Civil.

Efectos de la cesión de bienes (art. 1619): El deudor queda libre de todo apremio personal. Las deudas se extinguen hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos. Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere después otros bienes, es obligado a completar el pago con éstos.

La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos.

Podrá el deudor arrepentirse de la cesión antes de la venta de los bienes o de cualquiera parte de ellos, y recobrar los que existan, pagando a sus acreedores (art. 1620). La cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios, ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario (art. 1623).

4) La prelación de créditos

4.1) Generalidades

La prelación de créditos, es el conjunto de reglas que determinan las causales de preferencia en ciertos créditos respecto de otros, y

la concurrencia de dichos créditos entre sí, *en el caso que los bienes del deudor no sean suficientes para hacer pago de todas las deudas.*[31]

La institución de la *prelación de créditos,* cobra su real magnitud cuando los bienes embargables del deudor no son *suficientes* para satisfacer a todos sus acreedores. Ergo, la prelación de créditos, carece de interés cuando es solamente uno el acreedor, o existen muchos bienes embargables del deudor.

Con lo dicho, podemos advertir que es justamente en *la quiebra,* donde con mayor fuerza se aplicarán estas reglas. Además, cobra interés en la figura procesal de la *tercería de prelación.*[32]

Las reglas de la prelación de créditos, se encuentran en el título XLI del Libro IV, en los artículos 2465 a 2491. La Ley de Quiebras, también contiene normas sobre la prelación de créditos.[33]

De acuerdo al artículo 2469, los acreedores pueden exigir que se vendan todos los bienes embargables del deudor hasta concurrencia de sus créditos, inclusos los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, *cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación* que se señala en los artículos 2470 y siguientes.

4.2) Preferencia y privilegio

El artículo 2470, señala que las causas de preferencia son solamente *el privilegio* y la *hipoteca.* Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera. El artículo 2471, señala que gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase. Los de tercera clase, no son privilegiados, porque corresponden fundamentalmente a la hipoteca, y finalmente los de la quinta clase, no gozan de ningún privilegio.

Los acreedores serán pagados en el orden y con la preferencia que establezca la Ley.

---

[31] FUEYO, *Cumplimiento e incumplimiento (…),* ob. cit., p. 549.

[32] Artículos 521, 525 del C.P.C. Las tercerías, incluida la de prelación, se estudian en el curso de *Derecho Procesal Civil.*

[33] El Artículo único inciso segundo de la Ley Nº 20.080, publicada el 24.11.2005 ordenó incorporar la Ley de Quiebras (Nº 18.175) al *Código de Comercio,* salvo en lo relativo a la Superintendencia de Quiebras, que se mantuvo en dicha Ley.

4.3) Créditos de primera clase (art. 2472)

Corresponden a la primera clase de créditos, los siguientes:

1) Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores;
2) Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;
3) Los gastos de enfermedad del deudor;
4) Los gastos de la quiebra;
5) Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares;
6) Las cotizaciones previsionales;
7) Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses;
8) Las indemnizaciones de origen laboral; y
9) Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.

4.4) Créditos de segunda clase (art. 2474)

Son de segunda clase, los créditos que tiene:

1) El posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños;
2) El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños, con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor; y
3) El **acreedor prendario** sobre la prenda.

4.5) Hipoteca (crédito de tercera clase)

La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios (art. 2477).[34]

[34] La hipoteca se estudia en el curso de *Fuentes de las Obligaciones.*

4.6) Cuarta clase de créditos (art. 2481)

La cuarta clase de créditos comprende:

1) Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales;
2) Los de los establecimientos nacionales de caridad o de educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos;
3) Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales.
4) Los de los hijos sujetos a patria potestad, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos.
5) Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores; y
6) Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del Artículo 511.

4.7) Quinta clase de créditos. créditos valistas o quirografarios (art. 2489)

La quinta y última clase comprende los créditos que no gozan de preferencia. Los créditos de la quinta clase (valistas o quirografarios), vale decir, los que no tienen preferencia alguna, se cubrirán a prorrata **sobre el sobrante** de la masa concursada, sin consideración a su fecha.[35] Un acreedor cualquiera (que no tenga privilegio, ni preferencia), es un acreedor valista, de última clase o quirografario.

---

[35] La palabra **quirografario**, proviene del griego (*khéir*=mano y *graphein*=escritura). El diccionario de la R.A.E., define *quirógrafo* como perteneciente o relativo al documento concerniente a la obligación contractual que no está autorizado por notario ni lleva otro signo oficial o público. Desde otro punto de vista, para los bancos (http://www.santander-serfin.com/html/website/s55510.html) **préstamo quirografario**, llamado también directo o en blanco, es una operación de crédito a corto plazo, que consiste en entregar cierta cantidad a una persona física o moral, obligando a ésta, mediante la suscripción de uno o varios pagarés, a reembolsar la cantidad recibida más los intereses estipulados, en el plazo previamente convenido.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

MODIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

I. GENERALIDADES

En este punto, analizaremos aquellas situaciones, en donde los elementos (sujetivo u objetivo) de la obligación, sufren alteraciones, ellos son:

- La sucesión por causa de muerte;
- La cesión de créditos;
- La asunción de deudas;
- La cesión de contrato; y
- La novación.

II. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE[1]

Es la muerte, la que origina el fenómeno jurídico de la *sucesión por causa de muerte*, en virtud de la cual todos los derechos y las obligaciones **transmisibles** del fallecido (causante), pasan a sus herederos. La regulación de la sucesión por causa de muerte, se encuentra en el Libro III del Código Civil.

Como continuadores del causante, los herederos, le suceden en todos sus derechos y obligaciones, salvo los intransmisibles. De esta suerte, se produciría una mutación *subjetiva* de la obligación. En las relaciones jurídico-obligacionales *transmisibles*, en las que el causante era *deudor* o *acreedor*, ahora lo serán sus herederos, conforme lo dispone el artículo 1097, al señalar que los *asignatarios a título universal*, con cualesquiera palabras que se les

[1] El desarrollo *in extensso* de la temática de la sucesión por causa de muerte, corresponde al curso de *Derecho Sucesorio*.

llame, y aunque en el testamento se les califique de legatarios, son *herederos*: representan la persona del testador para *sucederle en todos sus derechos y obligaciones* ***transmisibles***.

III. LA CESIÓN DE CRÉDITOS[2]

En la cesión de créditos, se produce una modificación del elemento subjetivo activo (acreedor), de la relación jurídico-obligacional; pero ésta, no extingue la obligación.

La cesión de créditos, es la manera de efectuar la tradición de los derechos personales **nominativos**;[3] no es el contrato generador de obligaciones, sino la manera de consumar este contrato, en otras palabras, la manera o modo de adquirir el dominio de los derechos personales. Para don Arturo Alessandri R.[4] la cesión se puede definir como: *"el acto jurídico mediante el cual una persona transfiere o enajena un crédito a otra"*.

En toda cesión de créditos intervienen tres personas: el **cedente** (acreedor, sujeto activo del derecho, y que lo transfiere a otro), el **cesionario** (persona que adquiere el derecho cedido, y pasa a ocupar el lugar del acreedor), y el **deudor cedido** (sujeto pasivo y que queda obligado a favor del cesionario). En la cesión de créditos podríamos decir que concurren *dos etapas,* la primera se desarrolla entre el cedente y el cesionario, y tiende a dejar perfecta la cesión respecto de ellos (art. 699, 1901 y ss.); la segunda etapa se desarrolla con el deudor cedido, y tiende a darle noticia acerca del cambio de la persona del acreedor.

[2] La cesión de créditos, se analiza en detalle en la compraventa de derechos, en el curso de *Fuentes de las Obligaciones*. Vid., NAVARRO, *Teoría General del contrato y contratos en particular*, ob. cit., pp. 167 y ss.

[3] Para determinar la manera de transferir los créditos, es necesario distinguir entre los créditos nominativos, créditos a la orden y créditos al portador. **Los créditos nominativos**, se transfieren en conformidad a las reglas que señalan los artículos **1.901 a 1.908**, y que se estudian en el curso de *fuentes de las obligaciones*. Las reglas para la transferencia de los créditos a la orden y al portador, se encuentran en nuestra legislación mercantil. El artículo 164, del Código de Comercio, señala que la cesión de los documentos *a la orden* se hará por medio del **endoso** (que es un acto cambiario y **un acto jurídico unilateral**, que se encuentra definido en el artículo 17 de la Ley Nº 18.092), y la de los documentos *al portador* por la **mera tradición manual**. Éstas, serán estudiadas en el curso de Derecho Comercial I.

[4] ALESSANDRI R., ARTURO, *De los Contratos. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil*, Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1940.

Realizada la entrega del título por el cedente al cesionario, queda perfeccionada la transferencia del dominio del crédito y radicado éste en manos del cesionario (nuevo acreedor).

Conforme el artículo 1902, l*a cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.* En otras palabras, ni la notificación al deudor ni la aceptación de la cesión por éste, son requisitos o formalidades propias de la cesión de créditos; la cesión queda perfecta en el momento mismo en que el cedente hace la entrega del título al cesionario; la notificación no tiene otro objeto que dar publicidad a la cesión[5] (formalidad *ad publicitatem*), ponerla en conocimiento del deudor y de terceros; es por eso que la omisión de las formalidades indicadas en el artículo 1.902 no produce consecuencias en cuanto a la validez de la cesión –porque no es una solemnidad que el legislador haya establecido en atención a la naturaleza del acto o contrato–, sino que produce los efectos señalados en el artículo 1905, vale decir, la *inoponibilidad de la cesión.*

IV. LA ASUNCIÓN DE DEUDAS

El profesor Gonzalo Figueroa Yánez,[6] define la figura de la asunción de deudas como la subrogación *de un deudor por otro* en la misma relación obligacional, siempre que exista acuerdo expreso del acreedor y voluntad del nuevo deudor.

Como veremos más adelante, entre la *asunción de deudas* y la *novación por cambio de deudor* existen diferencias fundamentales. En la primera figura *se mantiene la primitiva relación obligatoria*, la que debe conservar en principio todos sus accesorios originarios (garantías, cauciones, modalidades); en tanto que, en la novación por cambio de deudor, la relación primitiva se extingue (y con ella también sus accesorios, salvo reserva expresa en los casos que proceda) y se da nacimiento a una *nueva relación obligacional* entre el acreedor y un nuevo deudor. En la asunción de deudas

[5] Formalidad exigida como medio de publicidad. Vid FIGUEROA, GONZALO, *Curso de Derecho Civil.* Manuales Jurídicos Nº 66. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1995, p. 358.

[6] FIGUEROA Y., GONZALO, *El patrimonio,* 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 238 y ss.

la obligación no se extingue, en cambio, la novación, *es un modo de extinguir* las obligaciones.

Son sujetos de la figura de la asunción de deudas: el **acreedor**, el **primitivo deudor**, y el **nuevo deudor que asume**.

No toda la doctrina acepta la figura de la *asunción de deudas.* Figueroa sostiene que sí tiene cabida en nuestro Derecho.[7] De todas maneras, se trata de una institución que recién se está analizando en profundidad.

V. LA CESIÓN DE CONTRATO[8]

Figueroa,[9] define la *cesión de contrato,* como la subrogación voluntaria o forzada de una de las partes del contrato por un tercero, el cual asume la misma posición jurídica del subrogado, esto es, el conjunto indivisible de derechos y obligaciones emanados del contrato.

En esta figura, intervienen los siguientes sujetos: el **contratante cedido**, quien es parte en el contrato originario, y que verá cambiada su contraparte en dicho contrato por un tercero cesionario; el **contratante cedente**, quien *era* parte en el contrato originario y dejará de serlo por efecto de la cesión de contrato, será subrogado por un tercero cesionario en su posición contractual; y el **tercero cesionario**, quien originalmente es un tercero, pero que asumirá la *posición de "parte"* en él, por subrogar al contratante cedente en **su posición contractual**.

VI. LA NOVACIÓN

1) Generalidades y concepto

La novación, está tratada en el título XV del Libro IV, artículos 1628 a 1651 del Código Civil. El artículo 1567 Nº 2, la enumera como uno más de los *modos de extinguir las obligaciones.*

Etimológicamente hablando, el término novación proviene del latín *novus* que significa nuevo. En términos simples, se dice que hay

[7] Ibid.
[8] El detalle de esta institución, corresponde a la *Teoría General del contrato.*
[9] *El Patrimonio,* ob. cit., pp. 254 y ss.

novación cuando se paga con una nueva obligación. La doctrina, ha definido novación como aquella convención en virtud de la cual se extinguen y, a la vez, se crean derechos y obligaciones.

Ambas operaciones *extinción* y *creación* de obligaciones, son elementos inseparables en la novación. El artículo **1628**, define legalmente novación señalando que *es la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.*

2) Requisitos generales de la novación

Son requisitos de la novación, independientemente del tipo de novación que se trate, los siguientes:

i) Debe existir una **obligación destinada a extinguirse**. Esta obligación puede ser civil o natural. Una obligación condicional suspensiva no cabe, porque aún el acreedor no tiene derecho, sólo un *germen* de derecho. Sí cabe en las obligaciones a plazo suspensivo, toda vez que el acreedor tiene derecho, sólo está privado de su ejercicio;

ii) Debe existir **una nueva obligación que *reemplace* a la anterior**;

iii) Debe existir una **diferencia sustancial** entre ambas obligaciones (la que se extingue y la que se crea), vale decir, la diferencia debe referirse a alguno de los *elementos esenciales* de una obligación;

iv) Debe existir por parte de los sujetos un **poder especial** para proceder a la novación, y ello se denomina **capacidad para novar**; y

v) Debe estar presente el elemento subjetivo o ***animus novandi***. Éste, sería el elemento más importante en la novación, y se traduce en la **intención de extinguir la antigua obligación y de hacer nacer la nueva**. El *animus novandi*, puede ser expreso o tácito. Ahora bien, si la novación consiste en un **cambio de deudor** (novación subjetiva) el *animus novandi* debe ser **necesariamente expreso**.

3) Clasificación y tipologías de novación

La gran clasificación de novación, es aquella que distingue en novación **objetiva** y novación **subjetiva**. La novación objetiva, se sub-

clasifica en novación por cambio de **objeto**, y novación por cambio de **causa**. La novación subjetiva, a su vez se subclasifica en novación por cambio de **acreedor** y novación por cambio de **deudor**.

4) Novación por cambio de objeto

Evidentemente aquí, lo que varía es el objeto de la obligación, esto es, la *prestación*. Ahora bien, siguiendo los requisitos generales el cambio o variación debe ser **sustancial**, ésta sería la regla general. No obstante lo anterior, existen ciertas mutaciones o cambios que **no constituyen novación**, en este sentido, vendrían a ser excepciones a la regla general ya enunciada. Así las cosas, no habrá novación:

i) Si varía el **lugar del pago** (art. 1648);
ii) Si se produce una **prórroga o disminución del plazo** (arts. 1649, 1650);
iii) Si la segunda obligación consiste simplemente en **añadir o quitar** una especie, género o cantidad a la primera (art. 1646);
iv) En la **cláusula penal**. Sin embargo, conforme al artículo 1647, es menester precisar que tal norma establece *dos hipótesis*. En la **primera hipótesis** del citado artículo, **no hay novación**, cuando se exige la **obligación primitiva y la pena**. En la **segunda hipótesis**, sí hay novación, ello **cuando sólo se exija la pena**.[10]

5) Novación por cambio de causa

Lo que muta sustancialmente, es la *causa*. Siguiendo la teoría más aceptada (que es la de la causa final), debemos distinguir lo siguiente:

i) En los **contratos gratuitos**, la causa es la **mera liberalidad**;

[10] **Art. 1647:** *"Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva, y no a la estipulación penal".*

ii) En los **contratos reales**, la causa será (dependiendo del contrato) la **tradición** o **entrega**;

iii) En los **contratos bilaterales**, la causa de la obligación de una de las partes es **la obligación de la contraparte**.

6) Novación por cambio de acreedor

Aquí, la modificación estriba evidentemente en el cambio del sujeto activo del vínculo obligacional, vale decir, el acreedor. La novación por cambio de acreedor, debe (además de los requisitos generales a toda novación) cumplir con los siguientes requisitos especiales:

i) Que **consienta el deudor**. Esta es una *conditio sine qua non* en este tipo de novación. No existe otra posibilidad, no puede sustituirse la voluntad del deudor;[11]

ii) Que el **primitivo acreedor consienta en dar por libre al deudor**;

iii) Que **consienta el nuevo acreedor**.

7) Novación por cambio de deudor

En esta tipología de novación, lo que varía es el sujeto pasivo en la relación jurídico-obligacional, vale decir, el deudor. Al igual que en el caso anterior, esta especie de novación tiene requisitos propios, y son: que **expresamente** el acreedor **consienta** en dar por **libre** al ***primitivo*** **deudor**; que **consienta** el **nuevo deudor**.

Respecto del *primitivo deudor*, y dependiendo de la actividad volitiva que él tenga, esta figura recibe dos nuevos nombres: si el primitivo deudor *consiente*, el instituto recibe el nombre de **delegación**; si el primitivo deudor *no consiente*, la figura se denomina **expromisión**.

Es relevante en este punto, pasar revista a las hipótesis que pueden presentarse, toda vez que no en todas ellas necesariamente habrá novación:

[11] En este aspecto principalmente, se diferencia la novación por cambio de acreedor y la **cesión de créditos**. En efecto, en la cesión de créditos no es una *conditio sine qua non* la voluntad del deudor cedido, puede incluso realizarse contra su voluntad; para que le sea oponible al deudor cedido y terceros, basta con la notificación de la cesión al deudor cedido (art. 1902).

- Si el acreedor y el primitivo deudor consienten, en que este último quede libre, la figura se denomina **delegación perfecta**, y sí **hay novación** porque se cumplen los requisitos de la novación por cambio de deudor;
- Si el acreedor no consiente en dar por libre al deudor, y este último si quiere que lo den por libre, esta figura se denomina **delegación imperfecta**, y en ella **no hay novación**;
- Si el acreedor consiente en dar por libre al primitivo deudor, pero el primitivo deudor no consiente, como ya dijimos, esta figura se llama **expromisión**, y en ella **hay novación**. Ella consiste pues, en el pacto que un tercero, sin delegación del deudor, asume la deuda frente al acreedor y con aceptación de éste;[12] y
- Si ni acreedor, ni primitivo deudor consienten, en que este último quede libre, la figura se denomina **ad promisión**, y en ella **no hay novación**.

8) EFECTOS DE LA NOVACIÓN

El efecto propio de la novación es (conforme su definición legal) **extinguir la primitiva obligación y hacer nacer una nueva**. Además de lo anterior, debemos tener presente lo siguiente:

Siguiedo el aforismo *accesio cedit principali*, extinta la obligación principal se extinguen también los intereses. El artículo 1640, expresa que de cualquier modo que se haga la novación, quedan por ella extinguidos los intereses de la primera deuda, si no se expresa lo contrario. Se extinguen los privilegios **inherentes** del primitivo crédito (art. 1641). Se extinguen las **prendas** e **hipotecas** (art. 1642), sin perjuicio de la **reserva de prendas e hipotecas**.[13]

---

[12] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones. Volumen III. Modificación y extinción de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 96 y 97.

[13] La **reserva de prendas e hipotecas**, está consagrada en el mismo artículo 1642, que dispone: *"Aunque la novación se opere sin la substitución de un deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación. Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la*

Puede proceder la **renovación de prendas e hipotecas**, conforme al artículo 1644.[14] Procede también la **reserva especial** del artículo 1637.[15]

primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses".

[14] **Art. 1644:** *"En los casos y cuantía en que no puede tener efecto la reserva, podrán renovarse las prendas e hipotecas; pero con las mismas formalidades que si se constituyesen por primera vez, y su fecha será la que corresponda a la renovación".*

[15] **Art. 1637:** *"El acreedor que ha dado por libre al deudor primitivo, no tiene después acción contra él, aunque el deudor caiga en insolvencia; a menos que en el contrato de novación* ***se haya reservado este caso expresamente****, o que la insolvencia haya sido anterior, y pública o conocida del deudor primitivo".*

CAPÍTULO DUODÉCIMO

MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

I. GENERALIDADES

Ya se ha señalado, que las obligaciones nacen para extinguirse, vale decir, para cumplirse, generalmente a través del pago. Los *modos de extinguir las obligaciones*, son aquellos hechos o actos jurídicos que ponen fin a una obligación civil, y consecuencialmente al correlativo de ésta: el derecho personal.

El artículo 1567 enumera los modos de extinguir las obligaciones. Esta enumeración no es taxativa, toda vez que existen otros modos de extinguir que no se encuentran allí enunciados.

Son modos de extinguir las obligaciones:

1) la resciliación, mutuo discenso o mutuo consentimiento;
2) el pago o solución;
3) la novación;
4) la transacción;
5) la remisión, condonación o perdón;
6) la compensación;
7) la confusión;
8) la pérdida de la cosa que se debe;
9) la sentencia firme de nulidad, cuando no se han cumplido las obligaciones;
10) el evento de la condición resolutoria;
11) la prescripción extintiva o liberatoria;
12) la dación en pago;
13) la muerte en las obligaciones *intuito personæ*;

14) el plazo extintivo; y
15) la voluntad unilateral (en ciertos contratos).

Algunos de estos modos de extinguir las obligaciones, ya fueron estudiados en este curso o en cursos anteriores, v. gr., el pago, la dación en pago, la nulidad, la resolución, la muerte, el plazo extintivo, la novación. Corresponde ahora, luego de clasificarlos, dedicar nuestro estudio a aquellos modos de extinguir no tratados precedentemente.

II. CLASIFICACIONES DE LOS MODOS DE EXTINGUIR

Existen diversas clasificaciones de los modos de extinguir, nosotros dirigiremos nuestra atención a las más relevantes:

En cuanto a su *ubicación dentro del artículo 1567*: modos de extinguir señalados en el artículo 1567 (resciliación, pago, novación, etc.), modos de extinguir no señalados en el artículo 1567, v. gr., muerte, plazo extintivo.

En cuanto a si *satisfacen el crédito*: modos que satisfacen el crédito, como el pago, la dación en pago, la compensación, la confusión, la novación, la transacción; modos que no satisfacen el crédito, como la remisión, la prescripción extintiva o liberatoria; y modos que atacan el vínculo obligacional mismo, como la nulidad y la resolución.

En cuanto a si constituyen un *hecho* o *un acto jurídico*: modos de extinguir que son *actos jurídicos bilaterales*, v. gr., el pago, la dación en pago, la novación, la transacción, la remisión; modos de extinguir *unilaterales*, revocación, desahucio; modos de extinguir que constituyen *hechos jurídicos*, la muerte, la compensación, la confusión, la prescripción extintiva.

En cuanto *a su extinción*: modos de extinguir totales y parciales.

III. RESCILIACIÓN O MUTUO DISCENSO

En virtud del *principio de la autonomía de la voluntad*, las partes pueden dejar sin efecto el contrato que celebraron. *Tal como se*

hace, el contrato de deshace. Nace en virtud de acuerdo, y puede terminar por acuerdo.

> **Art. 1545:** *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su* ***consentimiento mutuo*** *o por causas legales".*

> **Art. 1567 inc. 1º**: *"Toda obligación* ***puede extinguirse por una convención*** *en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente lo suyo, consienten en darla por nula*[1] *(...)".*

Preciso es aquí distinguir, si las partes celebran este acuerdo antes o después de haber cumplido sus obligaciones. *En el primer caso,* nos encontramos frente al modo de extinguir las obligaciones señalado en el inciso primero del artículo 1.567. Por ejemplo, un sujeto vende a otro un vehículo en $ 3.000.000, pero ni el vendedor ha entregado la cosa ni el comprador ha pagado el precio, pueden ambos acordar dejar sin efecto el contrato de compraventa, y en este caso se extinguirán ambas obligaciones emanadas de aquél. Pero, si el vehículo se entregó, y se pagó el precio, las partes pueden todavía dejarlo sin efecto, pero en realidad lo que ha ocurrido es que han celebrado *un nuevo contrato,* por el cual el comprador se obliga a restituir el vehículo y el vendedor el precio recibido.

El mutuo acuerdo opera siempre para el futuro y no puede perjudicar a los terceros ajenos a él.

La regla general es que en todos los contratos cabe la resciliación o convención extintiva de las partes.

IV. LA VOLUNTAD UNILATERAL COMO MODO DE EXTINGUIR

En materia contractual, la regla general consiste en que los contratos se extinguen por causa legal, o por acuerdo mutuo. Excepcionalmente, existen algunos contratos que pueden ser dejados sin efecto por la *voluntad unilateral de una de las partes.* Esta situación ocurre en el *mandato,* el cual puede ponérsele término por la *revocación* del

[1] La expresión *"consienten en darla por nula",* no es muy acertada. Preferimos *"consienten en* ***dejarla sin efecto****",* toda vez que sólo una **sentencia firme y ejecutoriada**, puede declarar que un acto es nulo, no la voluntad de las partes.

mandante y/o por la *renuncia* del mandatario (Art. 2.163 N^os^ 3º y 4º); en la sociedad, la que puede terminar por la *renuncia* de uno de los socios (Art. 2.108); en el arrendamiento no sujeto a plazo, el cual puede ser dejado sin efecto por cualquiera de las partes a través del *desahucio* (Art. 1.951); etc. Además, la voluntad unilateral o revocación podría ser establecida en otros contratos (a través de cláusula especial expresa, *elemento accidental, modalidad*), como un derecho de las partes cumplido algún evento determinado, o por su mera voluntad, o previo pago de alguna indemnización o cláusula penal.

V. LA TRANSACCIÓN

La transacción en Derecho, tiene una triple perspectiva: es un *contrato*, un *equivalente jurisdiccional*, y es también un *modo de extinguir las obligaciones*, señalado en el Nº 3 del artículo 1567.[2]

La transacción, se encuentra definida legalmente en el artículo 2446.

> **Art. 2446:** *"La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.*
>
> *No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".*

La definición dada por el legislador omite una circunstancia esencial que debe concurrir en la figura que nos ocupa, cual es el hecho que la terminación de un litigio pendiente o la prevención de uno eventual debe ser fruto de *concesiones recíprocas* que se hagan las partes contratantes; con lo cual debemos complementar la definición del Código diciendo: "*La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual,* ***efectuándose éstas concesiones recíprocas***". [3]

[2] La transacción como *equivalente jurisdiccional*, corresponde a la cátedra de Derecho Procesal. La transacción como contrato, se estudia en el capítulo dedicado a los contratos en particular. Véase NAVARRO, *Teoría General de los contratos (…)*, ob. cit.

[3] Un **acuerdo reparatorio** (arts. 241 y ss. del Código Procesal Penal), no se convierte a nuestro entender, en el modo de extinguir señalado en el Nº 3 del artículo 1.567 del Código Civil, vale decir, un acuerdo reparatorio **no es una tran-**

VI. LA REMISIÓN, CONDONACIÓN O PERDÓN

1) GENERALIDADES Y CONCEPTO

La remisión, encuentra su regulación en los artículos 1652 a 1654 (Libro IV), y también en ciertas disposiciones del Libro III. El Código no la define. Abeliuk,[4] señala que la remisión es la renuncia o perdón que efectúa el acreedor de su crédito de acuerdo con el deudor. Como expresa este autor, podría confundirse la remisión con la *resciliación*, porque ambas figuras requieren acuerdo de las partes. La distinción precisa entre ellas, es de carácter casuístico. Una resciliación puede envolver una remisión, o viceversa. Una transacción también puede contener una remisión (art. 2462).

La temática de la remisión, debe relacionársela con el artículo 12, y por lo mismo, no cabe la remisión en los alimentos que se deben por Ley.[5]

2) CLASIFICACIÓN DE LA REMISIÓN

En cuanto a su fuente, la remisión puede ser *testamentaria* o *convencional*. Es testamentaria (también conocida como *legado de condonación*, arts. 1128 y ss.), aquella que proviene del testamento, y en donde el causante-acreedor declara su voluntad de personar la deuda a su deudor. Requiere acuerdo del deudor, porque el asignatario puede aceptar o repudiar la herencia.[6] La remisión es convencional, cuando es fruto de un *acto entre vivos* (art. 1653).

En cuanto a si constituye o no liberalidad, la remisión se clasifica en *enteramente gratuita* y en remisión que *no importa liberalidad*. La remisión es enteramente gratuita (arts. 1653, 1397), si no hay

---

sacción. A juicio nuestro, el argumento más fuerte para sostener aquello radica en la característica esencial de la transacción, esto es, la transacción es un *contrato civil* y por lo mismo puede impetrarse en su contra la *"acción civil"* de nulidad absoluta o, en su caso, de rescisión. (art. 2.460 Código Civil). Lo anterior, no podría ocurrir jamás respecto de un acuerdo reparatorio puesto que el inciso 2º del artículo 243 del Código Procesal Penal señala: *"El acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil"*. NAVARRO A., RENÉ, "Naturaleza Jurídica de los acuerdos reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal", Memoria de Prueba, Universidad de Atacama, Copiapó, 2002.

---

[4] Ob. cit., p. 745.

[5] El tratamiento de *los alimentos*, corresponde al Derecho de Familia.

[6] Esta materia, se analiza en profundidad en Derecho Sucesorio.

más que interés de favorecer al deudor: constituye una *donación*, y se sujeta a los requisitos de ésta.[7] La remisión que no importa liberalidad, es aquella en la cual el acreedor tiene un *interés suyo* comprometido en la renuncia, y no sólo beneficia al deudor.

En cuanto a su extensión, la remisión puede ser total o parcial.

En cuanto a su manifestación, la remisión puede ser *expresa o tácita*. La regla general, es que la remisión sea expresa, ello porque conforme los artículos 1393 y 2299 la donación no se presume. De acuerdo al artículo 1654, hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación (el documento en que consta), o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda. El acreedor es admitido a probar que la entrega, destrucción o cancelación del título no fue voluntaria o no fue hecha con ánimo de remitir la deuda. Pero a falta de esta prueba, se entenderá que hubo ánimo de condonarla. La remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda (quien remite lo accesorio, no remite lo principal).

3) Requisitos de la remisión

Son tres los requisitos de la remisión:

i) En cuanto a la capacidad;
ii) En cuanto al consentimiento; y
iii) En cuanto a la forma.

En cuanto a la capacidad. La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella (art. 1652).

En cuanto al consentimiento. Como ya se expresó, la remisión necesita del consentimiento de ambas partes (acreedor y deudor). Además, si constituye donación, debe cumplirse con lo dispuesto en el artículo 1412.

> **Art. 1412:** *"Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio".*

[7] El contrato de *donación*, también es un tema que corresponde al último año del ciclo de Derecho Civil.

En cuanto a la forma. Dependiendo de su fuente, deberán cumplirse respectivamente las formalidades del *testamento* (acto más o menos solemne conforme el artículo 999) y de la *donación* (la remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita, art. 1653).

4) Efectos

Como se trata de un *modo de extinguir las obligaciones*, el efecto normal de la remisión es precisamente extinguir la obligación.

Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios no podrá después ejercer la acción que se le concede por el artículo 1514, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda (art. 1518).

VII. LA COMPENSACIÓN

1) Generalidades y clasificación

La compensación se encuentra regulada en los artículos 1655 a 1664. El artículo 1655, expresa que cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse. Podemos definirla como aquel modo de extinguir las obligaciones recíprocas existentes entre dos sujetos, hasta la concurrencia de la obligación de menor valor.

La compensación, puede clasificarse en legal, convencional y judicial.[8] La más relevante para nosotros, será la compensación legal.

La *compensación convencional*, no se encuentra tratada en el Código, pero es perfectamente lícita en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Habrá compensación convencional, cuando voluntariamente la acuerden las partes en aquellos casos en que no operó legalmente por falta de algún requisito legal.[9] *Compensación judicial*,[10] es aquella que el juez está facultado para

[8] Abeliuk, ob. cit., pp. 459 y ss.
[9] Ibid.
[10] RDJ. T. 45, secc. 2ª, p. 45.

ordenar (no opera de pleno Derecho), y se producirá cuando el demandado, acreedor del demandante en una obligación ilíquida, deduce **reconvención**[11] para obtener su liquidación y su compensación con el crédito que el actor (demandante) principal le estuviere exigiendo.

2) La compensación legal y sus requisitos

La compensación legal se produce por el solo ministerio de la Ley, siempre que se cumpla con sus requisitos. Son requisitos de la compensación legal:

i) Los sujetos que intervienen deben ser **personal y recíprocamente deudores** (art. 1657);

ii) Que ambas deudas sean de **dinero** o de **cosas fungibles** o indeterminadas de igual género y calidad (art. 1656 Nº 1);

iii) Que ambas deudas sean **líquidas**, vale decir, debe estar determinado su monto exacto y su existencia (art. 1656 Nº 2);

iv) Que ambas deudas sean **actualmente exigibles** (art. 1656 Nº 3); y

v) Que sea **alegada** (art. 1660).

3) Efectos de la compensación legal

Es un modo de extinguir las obligaciones, éste es su efecto. Como es de carácter legal, opera de pleno Derecho y aun sin conocimiento ni voluntad de los sujetos (art. 1656 inc. 1º). Si ambas deudas son de idéntico monto, ambas se extinguen. Si son de monto distinto, subsiste el saldo de la mayor.

Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago (art. 1663).

Como ya sabemos, no pueden compensarse las obligaciones naturales. Tampoco procede compensación mientras la condición suspensiva no se ha cumplido, ni cuando el plazo no esté vencido.

---

[11] La **reconvención** es la contrademanda del demandado dirigida hacia el actor (demandante), en los juicios en que ésta es admisible. Su estudio corresponde al Derecho Procesal.

Conforme al artículo 1520, el deudor solidario no puede oponer por vía de compensación el crédito de un codeudor solidario contra el demandante, si el codeudor solidario no le ha cedido su derecho.

La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero. Así, embargado un crédito, no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo (art. 1661). No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito, o de un comodato, aun cuando, perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero. Tampoco podrá oponerse compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude, ni a la demanda de alimentos no embargables (art. 1662).

4) Renuncia de la compensación legal

Hay renuncia de la compensación, cuando el deudor no la alega (art. 1660)

El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiera podido oponer al cedente. Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación (art. 1659).

VIII) La confusión

Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de Derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago (art. 1665).

La confusión, es entonces un modo de extinguir las obligaciones que opera por la reunión en una misma persona (en un mismo patrimonio), de las calidades de acreedor y deudor. Recordemos que, al estudiar la noción de obligación, dijimos que acreedor y deudor debían interpretar *roles distintos*, si son una misma persona, se extingue la obligación.

Puede existir confusión a propósito de la *sucesión por causa de muerte* (el deudor es heredero del acreedor, o a la inversa), o bien por un *acto entre vivos* (el deudor adquiere el crédito). La confusión (art. 1667) puede ser *total* o *parcial*.

La confusión que extingue la obligación principal extingue la fianza; pero la confusión que extingue la fianza no extingue la obligación principal (art. 1666).

Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda. Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en el crédito (art. 1668).

Los créditos y deudas del heredero que aceptó con *beneficio de inventario*[12] no se confunden con las deudas y créditos hereditarios (art. 1669).

Conforme el artículo 1577, el pago hecho a una persona distinta que el acreedor mismo, o al acreedor putativo, es válido si el que ha recibido el pago sucede en el crédito, como heredero del acreedor, o bajo otro título cualquiera; vale decir, si opera *confusión*.

IX. PÉRDIDA DE LA COSA QUE SE DEBE (IMPOSIBILIDAD INIMPUTABLE EN EL CUMPLIMIENTO)

1) GENERALIDADES

Este modo de extinguir las obligaciones, se encuentra regulado en los artículos 1670 a 1680. Sólo se refiere a las obligaciones de *dar* una *especie o cuerpo cierto*, toda vez que *el género no perece*.

Para que la imposibilidad en el cumplimiento (pérdida de la cosa que se debe), sea considerada un *modo de extinguir las obligaciones*, es menester que se trate de un *hecho no imputable al deudor*, esto es, debe atribuirse a un *caso fortuito* o a *fuerza mayor*.

[12] El **beneficio de inventario** consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias y testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado (art. 1247).

La obligación entonces, se extinguirá si la imposibilidad es sobreviviente, absoluta e inimputable.

Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvas empero las excepciones de los artículos 1671 y siguientes (art. 1670). Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya (art. 1671).

Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicho cuerpo en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora. Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor, se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora (art. 1672).

2) La teoría del riesgo

La teoría del riesgo, cobra relevancia en los *contratos bilaterales*, toda vez que en los *unilaterales* no se presenta el problema. La teoría del riesgo, tiene como objeto de estudio, el problema de determinar en los *contratos bilaterales*, qué ocurre con la obligación de la contraparte cuya obligación no se ha hecho imposible.

En doctrina, existen dos soluciones posibles al riesgo en los contratos bilaterales:

i) ***res perit debitori***, el riesgo es del deudor. De nada responde el acreedor, no está obligado a cumplir su obligación, y si ya pagó, puede repetir;

ii) ***res perit creditori***, el riesgo es del acreedor. En otras palabras, no obstante que la obligación del deudor se ha extinguido, está obligado a cumplir su propia obligación, y si ya lo hizo no podrá repetir.

La clave estará en determinar, cuál de los dos sujetos es dueño de la cosa que se destruye, toda vez que las cosas *producen y perecen para su dueño,* ergo, *res perit domino.*

El Código, se refiere al riesgo en el artículo 1550, y en el artículo 1820.

Art. 1550: *"El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega".*

Art. 1820: *"La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva, y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador".*

En el estudio de la compraventa, se volverá a tratar la temática del riesgo.

Si la cosa vendida de especie o cuerpo cierto se pierde o deteriora a consecuencia de *caso fortuito,* éstas son de cargo del comprador (arts. 1.820 y 1.550). Si ocurren estos eventos (pérdida o deterioro fortuitos) se extingue la obligación del vendedor (art. 1.567 Nº 7º), pero subsiste la obligación de pagar el precio ya que es la única forma en que el comprador sufra el riesgo de la cosa vendida (*res perit creditori*).

Esta regla no es absoluta. Admite excepciones.

En primer lugar, constituye una excepción el hecho que las partes hayan establecido expresamente lo contrario, pudiéndose alterar la responsabilidad por riesgo de la cosa vendida a través de algún pacto expreso especial o accidental (art. 1.816 inc. final).

En segundo lugar, constituye también una excepción el hecho de pactarse una venta condicional (arts. 1.820 y 1.486). En este caso la compraventa no puede formarse por falta de objeto, y por lo tanto, el comprador no está obligado a pagar el precio.

Si la venta es **de un género**, se siguen las reglas generales, vale decir, la pérdida del género es de cargo del deudor (*res perit debitori*) por aplicación del aforismo que reza: *el género nunca perece.*

X. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA

1) Generalidades y concepto

Como sabemos, en el artículo 2492 del Código Civil, se encuentra un concepto general de *prescripción*, que abarca ambos tipos de la misma (usucapión y liberatoria). Así las cosas, la *prescripción extintiva* se define como un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.

Podemos advertir también, que el legislador fue muy preciso al señalar que, en virtud de la *prescripción extintiva*, se pone fin al *derecho y su acción*, y no a la obligación; habida consideración, a que la obligación subsiste como natural (art. 1470 Nº 2).[13] Lo que se extingue, es el derecho y la acción del acreedor de exigir el cumplimiento (se extingue como obligación civil, pero se mantiene como natural). El § 3, del título XLII del Libro IV, lleva como epígrafe: *"De la prescripción como medio de extinguir las **acciones judiciales**"*.

Al tratar la usucapión,[14] se expusieron los fundamentos de la prescripción: uno de orden teórico (el principio de seguridad o certeza jurídica), y otro de orden social (la buena convivencia y la estabilidad en las relaciones).

Sin perjuicio de lo dicho, si el deudor de una obligación ya prescrita (por un acto de conciencia suyo) cumple y paga, *paga bien*, no hay pago indebido, el acreedor está facultado a *retener* lo pagado, toda vez que subsiste la obligación como natural.

2) Reglas comunes a todo tipo de prescripción

Tanto la usucapión, como la prescripción liberatoria, están sujetas a las siguientes cuatro reglas comunes:

[13] No obstante, el artículo 1567 Nº 10, enumera a la prescripción como un **modo de extinguir las obligaciones**. Por la prescripción, sólo se extingue la obligación perfecta (civil), pero subsiste como natural. Es más técnico señalar, que la prescripción liberatoria es un modo de extinguir los derechos y acciones del crédito.

[14] Véase nuestro trabajo, *Derecho de los bienes*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.

i) Debe ser alegada;
ii) Sólo puede renunciarse una vez cumplida;
iii) Corre a favor o en contra de cualquier sujeto de derecho; y
iv) Frente a un cambio de legislación, el prescribiente elige a qué legislación sujetarse.

Ya se expresaron estas reglas comunes,[15] sólo agregaremos que la *prescripción (caducidad) de la acción ejecutiva* puede ser **declarada DE OFICIO**.[16] En cuanto a cómo alegarla, no hay discusión que puede ser alegada por vía de **excepción** (art. 310 C.P.C.).[17] Se discute doctrinaria y jurisprudencialmente, la posibilidad de alegar la prescripción liberatoria por vía de **acción**.[18]

3) REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Tres son los requisitos básicos de la prescripción liberatoria:

– Que la acción sea prescriptible;
– El transcurso del tiempo señalado en la Ley; y
– La inactividad de los sujetos.

---

[15] Ibid.

[16] Técnicamente, éste no es un caso de **prescripción**, sino de **CADUCIDAD** de la acción ejecutiva. Lo que caduca, es su mérito ejecutivo, mas no la acción, en la medida que *subsiste como **acción ordinaria*** por el resto que quede de tiempo; además, como puede ser declarada de oficio, escapa a la regla general de la prescripción en materia civil. La caducidad no admite ni interrupción, ni suspensión, la prescripción sí. Vid. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, Volumen III, ob. cit., pp. 235 y ss.

[17] **Art. 310 C.P.C.:** *"(…) las excepciones de **prescripción**, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda. Si se formulan en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva. Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia"*.

[18] *"Se rechaza la posibilidad de ejercitarse como acción por importar la promoción de una contienda judicial inútil (…)"*, FUEYO L., FERNANDO**,** *De las obligaciones*, ob. cit., p. 239. **René Abeliuk M.**, señala que no habría inconvenientes en alegar la prescripción por vía de **acción** (ob. cit., p. 391). Más antecedentes en: ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, Volumen III, ob. cit., p. 180.

3.1) Acción prescriptible

Por regla general, todos los derechos y acciones patrimoniales pueden extinguirse por la prescripción. Para que una acción o derecho sea imprescriptible, se requiere **texto legal expreso**, puesto que se trata de una excepción a la regla general. Constituyen excepciones a la regla general, vale decir, son imprescriptibles, vgr., la acción de partición (art. 1317), la de demarcación y cerramiento, mientras subsista el dominio (arts. 842, 843), la de reclamación de la filiación (art. 195 inc. 2º), la dirigida a precaver un daño, mientras exista justo motivo de temerlo (art. 950 inc. 2º).

3.2) El transcurso del tiempo

A este respecto, es menester plantearnos las siguientes interrogantes: ¿desde cuándo corre?, ¿cuánto tiempo comprende?, ¿cómo se cuenta el plazo?, ¿pueden las partes alterar estas reglas?

El artículo 2514 señala, que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, agregando en su inciso segundo que, se cuenta este tiempo **desde que la obligación se haya hecho exigible**. Ésta es, la regla general. Por excepción, se cuenta el plazo desde momentos diversos, v. gr., en las acciones de: nulidad absoluta (10 años), pauliana (01 año), y nulidad relativa en caso de error y dolo (04 años), el plazo se cuenta desde la **celebración del acto o contrato**; en la acción de nulidad relativa (04 años) fundada en el vicio de fuerza, el plazo se cuenta **desde que la fuerza cesa**; cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrienio **desde el día en que haya cesado esta incapacidad**; los herederos mayores de edad gozarán del cuadrienio entero si no hubiere principiado a correr, y gozarán del residuo en caso contrario; a los herederos menores empieza a correr el cuadrienio o su residuo, desde que cumplan dieciocho años; en la acción para reclamar los perjuicios derivados de un ilícito civil (responsabilidad extracontractual por daños), el plazo de (04) cuatro años, se cuenta **desde la perpetración del hecho ilícito**.

Los plazos se computan de acuerdo a las reglas generales establecidas en los artículos 48 a 50.

En relación al tema si las partes pueden o no disminuir los plazos de prescripción[19] –por tratarse de normas de orden público, y dada la imposibilidad de enunciar a ella antes de haberse cumplido el plazo– existe la opinión que, en principio, *no pueden* ni aumentar, ni disminuir los plazos de prescripción. Están de acuerdo los autores en sostener enfáticamente, que los plazos de prescripción **no se pueden aumentar** por voluntad de las partes; en cambio, en cuanto a si se pueden **disminuir**, surge la controversia doctrinal. Parte de la doctrina, sostiene que pueden disminuirse los plazos de prescripción, tal como ocurre en el caso de la acción *redhibitoria* y en los *pactos accesorios* en la compraventa (arts. 1866, 1880, 1885, 1886),[20] y sobretodo apoyándose en el principio de la libertad contractual. Otro sector, estima que es imposible ampliar o disminuir los plazos, salvo que la Ley expresamente lo permita.

3.3) Inactividad de los sujetos

Esta temática, también se analiza como *"el silencio en la relación jurídica"*. Fundamentalmente, es la **inactividad del acreedor** la que provoca la prescripción, vale decir, su desinterés por cobrar judicialmente, porque si éste accionara **interrumpe el plazo de prescripción**. También interrumpe la prescripción, el reconocimiento por parte del deudor de su obligación (pidiendo prórrogas o esperas, pagando parcialmente, etc.).

4) Prueba de la prescripción

De acuerdo a la regla general del artículo 1698, corresponde al deudor acreditar en juicio, que se cumplen los requisitos generales y los propios de la prescripción liberatoria que habría operado a su favor; ello, porque es un modo de eximirse del cumplimiento de su obligación (modo de extinguir). Al acreedor, le restará probar si la prescripción ha sido o no interrumpida, o si cabe o no la misma.

---

[19] ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, Volumen III, ob. cit., p. 194.

[20] NAVARRO, *Teoría General del contrato y contratos en particular*, ob. cit., pp. 145, 151 y ss.

5) Clasificación de la prescripción liberatoria

La gran clasificación de la prescripción liberatoria, es la que distingue entre prescripción de largo tiempo (o general), y las prescripciones de corto tiempo o especiales.

6) Prescripción de largo tiempo

La prescripción liberatoria, se llama *de largo tiempo* (arts. 2514 a 2520) para diferenciarla de las de corto tiempo; además es general, puesto que se aplica ésta a falta de norma especial.

Acción personal ordinaria: conforme el artículo 2515 inciso primero, es de **cinco (05) años**. Este plazo, constituye la gran regla general; para que no se aplique, requiere texto legal expreso, ergo, sin norma expresa el plazo será de **(05) cinco años**.

Acción ejecutiva: la misma norma anterior, señala que el plazo de prescripción (caducidad) de la acción ejecutiva es de **tres (03) años**. Subsiste ésta como ordinaria, en los restantes dos años (art. 2515 inc. final).[21]

Acción obligaciones accesorias: de acuerdo al artículo 2516, prescriben conjuntamente con la obligación a la que acceden (*accesio cedit principali*).

Acciones reales: toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho (art. 2517).

7) Interrupción y suspensión de la prescripción

Las generalidades de cada una de estas instituciones, ya se estudiaron a propósito de la usucapión.[22] Corresponde ahora, referirnos a los artículos 2518 a 2520.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2518, la prescripción liberatoria, **puede interrumpirse**, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe **naturalmente** por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.[23] Se interrumpe **civil-**

---

[21] Véase el Nº 7 del artículo 680 del C.P.C.

[22] NAVARRO, *"Derecho de los bienes"*, ob. cit.

[23] Existe reconocimiento **expreso**, cuando el deudor, en términos formales y explícitos, manifiesta reconocer la obligación; y hay reconocimiento **tácito**, cuando el deudor ejecuta cualquier acto que revele en él la intención de reconocer al acreedor su derecho, como si solicita plazo, da nuevas garantías, etc. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, Volumen III, ob. cit., p. 208.

mente por la demanda judicial; salvos los casos enumerados en el artículo 2503.

La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores, no aprovecha a los otros, ni la que obra en perjuicio de uno de varios codeudores, perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya ésta renunciado en los términos del artículo 1516 (art. 2519).

La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1º (menores, dementes, los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente, los sujetos a patria potestad o guarda) y 2º (mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta) del artículo 2509. Transcurridos **diez (10) años** *no se tomarán en cuenta las suspensiones antes mencionadas* (art. 2520).

8) PRESCRIPCIONES DE CORTO TIEMPO

El § 4 del título XLII del Libro IV, se refiere a ciertas acciones que prescriben en corto tiempo; a éstas habría que agregar los otros plazos de prescripción establecidos en el Código y los demás contenidos en leyes especiales (arts. 2521 a 2524).

Las prescripciones de corto tiempo, son clasificadas por la doctrina[24] en: *presuntivas de pago* (arts. 2521 a 2523);[25] y *especiales que nacen de ciertos actos y contratos* (art. 2524).

Prescriben en **tres (03) años** las acciones a favor o en contra del Fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos.[26] Prescriben en **dos (02) años** los honorarios de jueces (árbitros), abogados, procuradores; los de médicos y cirujanos; los de directores o profesores de colegios y escuelas; los de ingenieros y agrimensores, y en general, de los que ejercen cualquiera profesión liberal (art. 2521).

Prescribe en **un (01) año** la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos por el precio de los artículos que despachan al menudeo. La de toda clase de personas por el precio de servicios

[24] Ibid., p. 220.

[25] El **fundamento** de las prescripciones *presuntivas de pago*, radica en que las prestaciones que allí se indican (v. gr., honorarios), se pagan generalmente en el acto y de contado. Por ello, transcurrido un breve plazo se presumen pagados (Ibid., nota anterior).

[26] Las prescripciones especiales del Derecho Tributario se analizan en la cátedra respectiva.

que se prestan periódica o accidentalmente; como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc. (art. 2522).

Las prescripciones mencionadas en los artículos 2521 y 2522 corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna. Interrúmpense: 1). Desde que interviene pagaré u obligación escrita, o concesión de plazo por el acreedor; 2). Desde que interviene requerimiento.[27] En ambos casos sucede a la prescripción de corto tiempo la del artículo 2515 (art. 2523).[28]

De acuerdo al artículo 2524,[29] las prescripciones de corto tiempo a que están sujetas las **acciones especiales que nacen de ciertos actos o contratos**, se mencionan en los títulos respectivos del Código Civil (o en leyes especiales), y corren también contra toda persona; salvo que expresamente se establezca otra regla.

[27] Se ha entendido que este *requerimiento*, es de carácter **extrajudicial**. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Tratado de las obligaciones*, Volumen III, ob. cit., pp. 227 y ss.

[28] Cuando se interrumpe una de esas prescripciones, se considera destruida la *presunción de pago*, y a la prescripción de corto tiempo le sucede la de largo tiempo establecida en el artículo 2515. Este cambio, se conoce en doctrina con el nombre de **intervención** (Ibid., nota anterior, p. 227).

[29] El artículo **2524**, es el último artículo de la normativa permanente del Código Civil, luego viene el título y el artículo final.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK M., RENÉ, *Las obligaciones,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ALESSANDRI R., ARTURO, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

——— *De los Contratos. Versiones taquigráficas de la cátedra de Derecho Civil,* Editorial Zamorano y Caperán, Santiago, 1940.

——— *Los Contratos,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *Fuentes de las obligaciones,* Editorial Nascimento, Santiago, 1958.

——— *Derecho Civil. Parte Preliminar y General,* Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

——— *Tratado de los derechos reales,* Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

——— *Tratado de los derechos reales,* Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

——— *Tratado de las obligaciones. Volumen III. Modificación y extinción de las obligaciones,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 96 y 97.

BARRIENTOS G., JAVIER, "De la tradición y su definición en el Código Civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado: Fernando Fueyo L.,* Santiago, Nº 1, año 2003, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo.

BARROS B., ENRIQUE, "Apuntes de clase", Universidad de Chile, Santiago, 1996.

——— *Tratado de responsabilidad extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

CIFUENTES, SANTOS, *Elementos de Derecho Civil. Parte General,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

CISNEROS F., GERMÁN, *Diccionario de frases y aforismos latinos,* Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, Ciudad Universitaria, México D.F., 2003.

CLARO S., LUIS, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado,* Ocho Tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

COLIN, AMBROISE; CAPITANT, Henry, *Derecho Civil. Bienes, patrimonio y derechos reales,* Vol. 2, Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.

CORRAL T., HERNÁN, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

COURT M., EDUARDO; DE LA FUENTE H., FELIPE, y otros, *Derecho de Daños,* Editorial LexisNexis, Santiago, 2002.

COVIELLO, NICOLÁS, *Doctrina General del Derecho Civil,* Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938.

CUNEO M., ANDRÉS, "Títulos de crédito, acciones cambiarias y reglas de interpretación de los contratos. Reflexiones a partir de la jurisprudencia reciente sobre la cláusula de aceleración", en *Anexo Gaceta Jurídica* año 1991, Nº 134.

D'ORS, ÁLVARO, *Derecho Privado Romano,* 8ª edición, Pamplona, Eunsa, 1991;

Departamento de Estudios Jurídicos Editorial PuntoLEX, *Jurisprudencia daño moral,* Editorial PuntoLex S.A., Santiago, 2007;

DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños,* Editorial Civitas, Madrid, 1995.

——— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Vol. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1993.

DOMÍNGUEZ H., CARMEN, *El daño moral,* Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2.000.

DUCCI C., CARLOS, *Derecho Civil. Parte General,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

DUMONT, FRANCOIS, *Obligatio* en Mélanges Philippe Mayland I, Lausana, Université de Lausanne, 1963.

FELIÚ S., JUAN, *Manual de Estudio de Títulos,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

FIGUEROA V., JOSÉ, *La copropiedad inmobiliaria,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

FIGUEROA, GONZALO, *Curso de Derecho Civil,* Manuales Jurídicos Nº 66. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

FIGUEROA, GONZALO, *El patrimonio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

FUEYO L., FERNANDO, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

——— *Derecho Civil. De las obligaciones*, Volumen I y II, Imp. y Lito Universo S.A., Valparaíso-Santiago, 1958.

FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI, *Estudios sobre reformas al Código Civil y de Comercio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

GUZMÁN B., ALEJANDRO, *El Derecho Privado Constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, UCV, Valparaíso, 2001.

——— *Derecho Privado Romano*, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, año 1996.

——— *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

HART, HERBERT, *Punishment and responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1973.

JOSSERAND, LOUIS, *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch Editores, Buenos Aires, 1950.

KELSEN, *Teoría Pura*, UNAM, 1983.

LÓPEZ S., JORGE, *Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

MATURANA M., CRISTIÁN, *Derecho Procesal: Juicios Especiales*, Separatas Universidad de Chile, Santiago, 2004.

MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

MEZA B., RAMÓN, *De las obligaciones en General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974.

——— *Fuentes de las Obligaciones*, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

MOSSET I., JORGE (Director), *Responsabilidad civil*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1997.

NAVARRO A., RENÉ, *Manual de Derecho Civil. Curso de Derecho Civil I: Generalidades y Fuentes. Relación Jurídica (Sujetos de Derechos)*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006.

——— *Teoría General de los contratos y contratos en particular*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2005.

PEÑAILILLO A., DANIEL, *Los bienes*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 2005.

——— *Obligaciones. Teoría General y clasificaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN, *La responsabilidad jurídica*, en conceptos dogmáticos y teoría del derecho, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1979.

PESCIO, VICTORIO, *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.

——— *Manual de Derecho Civil. Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

——— *Manual de Derecho Civil. Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978.

PLANIOL, MARCEL; RIPERT, GEORGES, *Derecho Civil*, Colección clásicos del Derecho, Editorial pedagógica iberoamericana, México D.F., 1996, traducción de Leonel Pereznieto.

POTHIER, ROBERTO JOSÉ, *Tratado de las obligaciones*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.

RAMOS P., RENÉ, *De las obligaciones*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas del Código Civil, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

RIOSECO E., EMILIO, *La posesión inscrita ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

RODRÍGUEZ G., PABLO, *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

ROZAS V., FERNANDO, *Los Bienes*, LexisNexis, Santiago, 2004.

SAMPER P., FRANCISCO, *Instituciones Jurídicas de Gayo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

SÁNCHEZ-CORDERO D., JORGE A., *Introducción al Derecho mexicano. Derecho Civil*, UNAM, México, 1981.

SANDOVAL L., RICARDO, *La insolvencia de la empresa. Derecho de quiebras. Cesión de bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

SCHULZ, FRITZ, *Derecho Romano Clásico,* p. 365, Barcelona, casa editorial BOSCH, 1960.

SOMARRIVA U., MANUEL, *Indivisión y partición*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

TAMAYO y SALMORÁN, ROLANDO, *El Derecho y la ciencia del Derecho (introducción a la Ciencia jurídica)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1986.

TRONCOSO L., HERNÁN, *De las obligaciones*, LexisNexis, Santiago, 2006.

VÁZQUEZ F., ROBERTO, *Responsabilidad por daños (elementos)*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

VERDUGO, JULIO, "Del título en la posesión", Memoria de Licenciatura, Universidad de Concepción, año 1944.

VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

VIDAL D., IGNACIO, *Estudio de los títulos de dominio. Tercera parte. Jurisprudencia (1959-2002)*, Editorial Fallos del Mes, Santiago, 2003.

ÍNDICE PENDIENTE